Universiteit
Leiden
The Netherlands

Horizontale werking van grondrechten

Vos, B.J. de

Citation
Vos, B. J. de. (2010, October 14). *Horizontale werking van grondrechten*. *Meijers-reeks*. Maklu, Apeldoorn. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/16040

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/16040

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

2 Historiek

2.1 INLEIDING

Onderhavig hoofdstuk beoogt summier het uitdeiningsproces van het *Drittwirkung*-leerstuk over continentaal West-Europa te schetsen, evenwel vanuit een alternatief perspectief en afwijkend van de traditionele voorstelling van zaken.

Naar algemeen heersende overtuiging werd het leerstuk in het Duitsland van de jaren '50 ontwikkeld als een *innovatieve* rechtsfiguur, bestemd tot bescherming van fundamentele rechten in intersubjectieve relaties waar het privaatrecht daarin *faalt* of althans enigermate tekort schiet; kortom een *noodwendig* instrument tot garantie van constitutionele waarden in het civiele domein. In de daarop volgende decennia, en in het bijzonder vanaf de jaren '80, werd, in erkenning van voormelde karakteristieken, deze leer dan *quasi* uniform gerecipieerd door overige Europese landen.

Dit is de traditionele perceptie in een notendop, maar in de doctrine wordt, behoudens een verpozing bij de legendarische *Lüth* uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* en eventueel de strijd tussen aanhangers van directe en indirecte werking (wat naar huidige praktijkkennis eerder als een ondergeschikte schermutseling kan worden afgedaan), meestal weinig meer gegeven. Het is dan ook deze opvatting die wijd en zijd als onaantastbare, onloochenbare vooropstelling wordt erkend en uitgedragen.

Op deze voorstelling van zaken lijkt nochtans wat af te dingen. Een aantal elementen daarvan hebben niet enkel historische waarde, maar zijn van betekenis voor de huidige appreciatie van deze rechtsfiguur. Zo blijkt het vernieuwende karakter van de initiële Duitse jurisprudentie relatief en is aannemelijk dat ook andere motieven dan een eenvoudig verlangen tot correctie van het privaatrecht een rol hebben gespeeld. Verder voltrok de receptie zich niet uniform maar zette zich door in twee onderscheiden typen, afhankelijk van het bestaan van een recent totalitair verleden, welk aspect relevant is voor de interpretatie van de hedendaagse noodzaak tot derdenwerking. Ten slotte blijken sommige rechtsstelsels jurisprudentie te bezitten waarin grondrechten in horizontale verhoudingen werden toegepast lang vooraleer het leerstuk werd gerecipieerd of zelfs maar geconcipieerd.

2.2 NATIONALE SCHETSEN

2.2.1 Duitsland

De officiële geschiedschrijving vangt aan te midden van verwoeste steden. De *ratio temporis* is significant. Het Derde Rijk liet ook bij juristen een erfenis van diepe trauma's na: het gekoesterde recht, 'model van rechtvaardigheid', bleek verworden tot een simpel instrument van de bloed & bodem ideologie. Gevolg was vertwijfeling, verwarring en schaamte, vooral wat het ooit zo ongenaakbaar geachte privaatrecht betrof.[1] Aan de andere zijde van het spectrum, in het constitutionele recht, had al snel een herbronning plaats gevonden. De aarzelende reanimatie van het westelijke Duitsland had in haar kielzog een grondrechtencatalogus en een constitutioneel hof geïntroduceerd.[2] Meer dan een louter technische verwezenlijking werd dit verwelkomd als de intrede van een nieuw ethos, een ethos met de menselijke waardigheid als centraal en, belangrijker nog, *effectief* gegeven. Naar traditionele voorstelling had de verguisde Weimar-republiek in dit opzicht immers weinig voorgesteld: weliswaar had ze diep verscholen in de grondwet een grondrechtencatalogus bezeten,[3] doch deze werd (overwegend) beschouwd als een politieke beginselverklaring zonder verbindende kracht.[4] Ook constitutionele toetsing was, logischerwijze, nooit echt van de grond gekomen. In de grondwet van 1949, gegenereerd onder het expliciete devies 'Nie wieder Weimar'[5] en met het recente falen onbetwistbaar in het geheugen, heerste daarentegen wat zou kunnen aangemerkt worden als een constitutionele renaissance: met de mens als centraal gegeven werden de grondrechten vooraan in de grondwet gepositioneerde, afdwingbare subjectieve rechten.[6]

Reeds in deze voorstelling zit een pastiche verscholen, die voornamelijk in de laatste decennia steeds meer opgang maakt en past in de tendens binnen de huidige Duitse rechtsleer om de grondrechtendogmatiek onder de Weimarrepubliek 'auf ein Lehrstück für die Gefahren eines blutleeren Positivismus und Wertrelativismus zu reduzieren'.[7] De Weimar-Constitutie was niet dermate ongenadig of gedesinteresseerd ten aanzien van grondrechten als in de

1 Zie echter Wahl 1946, p. 27-30 waar in vergelijking met het publiekrecht de superieure integriteit van het privaatrecht benadrukt wordt.
2 Bonner Grundgesetz *d.d.* 23 mei 1949.
3 Art. 109 *et seq*. De daaraan voorafgaande constitutie van het Keizerrijk (1871) bezat geen grondrechtencatalogus (zie Stern 1988, p. 118-120 (& 335)).
4 Brüggemeier 2006, p. 61, Flessner 1998b, p. 87 en uitvoeriger Krüger 1949, p. 163-164; zie verder tevens Böckenförde 2004, p. 600. Vgl. kritisch Leisner 1960, p. 296.
5 Ule, *DVBl* 1949, p. 334.
6 Hufen 1999, p. 1505.
7 *Cf.* Rensmann 2007, p. 59.

regel wordt voorgesteld,[8] maar integendeel behoorlijk vooruitstrevend voor haar tijd, wat onder meer blijkt uit haar incorporatie van sociale grondrechten naast de traditionele klassiek-liberale catalogus.[9] Daarenboven vierde de visie alsdat het hier slechts politieke beginselverklaringen betrof slechts hoogtij tot ongeveer 1924, vanaf welk ogenblik de heersende crisis, en met name de socialistische dreiging die daaruit voor de heersende klasse ontstond, ervoor zorgde dat grondrechten plots een interessant instrument werden tot handhaving van de burgerlijke *status quo*.[10] Met name vanuit conservatieve hoek zouden de juristen komen die zich, evenzeer na de oorlog, opwierpen als meest fervente verdedigers van de gelding der grondrechten.[11] Ook constitutionele toetsing was niet *geheel* afwezig geweest[12] en daarenboven had het *Reichsgericht* reeds in de afhandeling van zuiver privaatrechtelijke vraagstukken aansluiting bij de grondwet gezocht.[13] Het derdenwerkingsvraagstuk kent bovendien juist zijn vroegste doctrinaire wortels in deze periode.[14] Het is zelfs zo dat de *Weimarer Verfassung* grondrechten bevatte welke een duidelijke horizontale werking bezaten,[15] met name art. 118, betreffende de vrijheid van meningsuiting,[16] en art. 159, betreffende de vrijheid van vereniging.[17] Binnen de huidige doctrine is deze wetenschap zo goed als vervlogen en

8 Zie m.b.t. de grondrechtenvisie onder Weimar o.a. Gusy 1993, p. 163 *et seq*. (onder meer opmerkende alsdat '[a]m Anfang der Republik stand Grundrechtsoptimismus, wenn nicht gar Grundrechtseuphorie').

9 Scheuner 1971, p. 254; gelijkaardig Rensmann 2007, p. 60. Vgl. Dürig 1953, p. 193 (kritisch m.b.t. sociaalrechtelijke betekenis).

10 Stolleis 2003a, p. 273. Zie tevens Geck 1963, p. 127.

11 Stolleis 2003a, p. 273.

12 Het *Reichsgericht* had een (aarzelende) aanzet gegeven, o.a. in RG 28 april 1921, *RGZ* 102, 161 en in het bijzonder RG 4 november 1925, *RGZ* 111, 320, maar de reikwijdte hiervan was wel beperkt (Dietze 1957, p. 545-548; Heun 2003, p. 201; Stolleis 2003a, p. 272-273; secundair Böckenförde 2004, p. 599; Schmitt 1931, p. 12-22 en m.b.t. de toetsingsbevoegdheid meer algemeen Gusy 1997, p. 216 *et seq.*).

13 Krüger 1949, p. 164.

14 Leisner 1960, p. 293 (*et seq*.), zie echter de kritiek van Stern 1988, p. 1515, voetnoot 10 alsdat Leisner de sporadische uitingen aangaande horizontale werking in de Weimarse staatsrechtsleer zou hebben overschat. Zie tevens Hofmann 1989, p. 3185.

15 Wel golden deze enkele expliciet met horizontale werking begiftigde grondrechten in de regel als argument *a contrario* tot staving dat het de overige grondrechten aan dergelijke strekking ontbrak (Rüfner 2000, p. 550).

16 'Jeder Deutsche hat das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild oder in sonstiger Weise frei zu äußern. An diesem Rechte darf ihn kein Arbeits – oder Anstellungsverhältnis hindern, und niemand darf ihn benachteiligen, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht'. Zie o.a. Erdsiek 1965, p. 257-260; Schwerdtner 1973, p. 378-379.

17 'Die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Alle Abreden und Maßnahmen, welche diese Freiheit einzuschränken oder zu behindern suchen, sind rechtswidrig'. Zie o.a. Leisner 1960, p. 293 *et seq.* die ook nog in verband met andere grondrechten in de *Weimarer Verfassung* op een zekere (potentiële) horizontale werking duidt; Stern 1988, p. 1517; Von Mangoldt/Klein 1966, p. 62.

ontstaat ten onrechte de impressie van een complete cesuur tussen de voor- en naoorlogse rechtswetenschap en de genese van de *Drittwirkung*sleer uit het niets. Het is overigens ook een indicatie dat van de initiële publicaties over dit leerstuk, hoewel binnen de huidige doctrine nog steeds geciteerd, amper daadwerkelijk kennis wordt genomen, aangezien hierin deze band met dit verleden nog niet was doorgeknipt.[18] Uiteraard dient ook voor overdrijving in de andere zin te worden gehoed; onder Weimar was het leerstuk slechts embryonaal, de toepassing bijzonder terughoudend; door het vroegtijdige einde van de Republiek konden deze zich langzaam aftekenende ontwikkelingen nimmer tot volle wasdom komen.

De totalitaire staatsperiode die voor dit einde verantwoordelijk was had anderzijds wel geresulteerd in een verhoogd bewustzijn omtrent het politieke karakter van privaatrecht[19] en aldus het verlangen naar meer standvastige begrippen opgeworpen. De meer prominente grondrechtenideologie die zich met de introductie van het *Bonner Grundgesetz* (en enkel nieuwere *Landesverfassungen*) aandiende maakte, in deze onzekere *Nachkriegszeit*, de grondrechtencatalogus ook voor civilisten tot uitgelezen en bijzonder welgekomen oriëntatiepunt.[20] Zo merkte Krüger in het *Neue Juristische Wochenschrift* van 1949 op:[21]

> Zwei Impulse hätten in der Nachkriegszeit eine stärkere Nutzbarmachung der Verfassungen für die Rspr. der ordentlichen Gerichte erwarten lassen. Einmal hätte sich, als begreifliche Reaktion auf die mancherlei vorausgegangenen Beeinträchtigungen der richterlichen Unabhängigkeit, eine ausgesprochene Verfassungsfreudigkeit in der Rspr. bemerkbar machen können. Zweitens hätte es wohl nahegelegen, in der Rechtsunsicherheit und der Rechtsverwirrung der Nachkriegszeit die alten und die neuen Verfassungen als die Orientierungspunkte zu benutzen, mit deren Hilfe man sich einen Weg durch das unübersichtliche Rechtsgelände hätte bahnen können.

Deze tendens zou echter op zich laten wachten tot midden jaren '50. Op enkele jaren verklaarden dan evenwel de drie belangrijkste Duitse rechtshoven zich voorstander van privaatrechtelijke gelding van grondrechten, en vormden daarmee de illustere drievuldigheid die de canon van *Drittwirkung*-rechtspraak inleiden zou.

---

18 Zo vormen art. 118 en 159 *Weimarer Verfassung* voor de uiterst gezaghebbende Nipperdey geen geïsoleerde uitzonderingsgevallen maar een duidelijke indicatie dat een gewijzigde opvatting terzake de functie van grondrechten, namelijk een waarin men zich bewust werd van het feit dat niet enkel de Staat doch evenzeer machtige private entiteiten de grondrechten van het individu bedreigden, reeds bij aanvang der Weimar-republiek zijn opgang had gemaakt (Nipperdey 1961, p. 16-17).

19 Kumm 2005, p. 344.

20 Aldus o.a. Krüger 1949, p. 164-165; Coing 1947, kol. 643-644.

21 Krüger 1949, p. 164.

De eer het debat open te breken was aan het *Bundesgerichtshof* in de zaak *Schacht* (alias *Leserbriefe*) uit 1954.[22] Een Hamburgs weekblad had in een recent artikel de nieuwe economische exploten van Dr. Hjalmar Schacht, eertijds president van de *Reichsbank* (1923-1930/1933-1939) en minister (economische zaken 1934-1937, zonder portefeuille 1937-1943), op de korrel genomen en zijn affiliaties met de nazipolitiek opgerakeld. Een verzoek tot rectificatie, geschreven door de advocaat van Schacht, werd gepubliceerd in de rubriek lezersbrieven, aldus de indruk wekkende dat de advocaat in eigen naam en met zekere sympathie voor het gevallen regime gehandeld had. Daar diens verzoek om deze foutieve impressie in een volgende editie recht te zetten door de redactie werd afgewezen, lag slechts de juridische weg open. Oorspronkelijk had de procedure weinig verrassends te bieden, de overwegingen van de eerste instanties, hoewel met een tegenstrijdig resultaat, werden onderbouwd met een doordeweekse argumentatie.[23] Voor het *Bundesgerichtshof* werd dat geheel anders. In een verrassende wending werd de handelswijze van het tijdschrift een inbreuk bevonden op het algemeen persoonlijkheidsrecht van de advocaat. Tot op dat ogenblik werd dergelijk *algemeen* persoonlijkheidsrecht echter niet erkend binnen het Duitse recht.[24] In *Schacht* werd het door het *Bundesgerichtshof* rechtstreeks gededuceerd uit de nieuwe federale grondwet:

> Nachdem nunmehr das Grundgesetz das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde (Art 1 GrundG) und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht anerkennt, soweit dieses Recht nicht die Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art 2 GrundG), muß das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein verfassungsmäßig gewährleistetes Grundrecht angesehen werden […]

Vanuit dogmatisch oogpunt is dit, ook de Weimar erfenis in acht nemende, een ingrijpende conclusie: niet enkel wordt het bestaan van een algemeen persoonlijkheidsrecht erkend maar ook worden grondrechten, traditioneel afweerrechten tegen de Staat, hier onmiddellijk en rechtstreeks ingeschakeld als wapens in handen van de procespartij in een louter privaatrechtelijk geschil. Hoogst opmerkelijk is daarbij de lichtvoetigheid waarmee het Hof deze verstrekkende stelling poneert. De Duitse grondwet zelf noopte (in tegenstelling

22 BGH 25 mei 1954, *BGHZ* 13, 334.

23 Het Landgericht Hamburg oordeelde in het voordeel van de eiser op basis van § 823 (2) BGB (plicht tot schadevergoeding bij inbreuk op een wetsbepaling ter bescherming van anderen) *jo*. §§ 186 & 187 StGB (belediging en eerroof). Het Oberlandesgericht Hamburg was echter van mening dat de handelswijze niet geëigend was het krediet van de klager aan te tasten, noch hem over te leveren aan verachting of zijn publieke waardigheid aan te tasten.

24 Zie terzake Coing 1954, p. 700; Enneccerus/Nipperdey 1952, p. 291-293, in het bijzonder p. 292 en verwijzingen in voetnoot 9; Nipperdey 1968, p. 41 *et seq*., in het bijzonder de verwijzingen in voetnoten 112 en 113.

tot wat het Hof schijnt te suggereren) geenszins tot een dergelijke conclusie[25] en ook naar een andere argumentatie is het vruchteloos zoeken: het Hof verwijst slechts vrijblijvend ('vgl') naar drie doctrinaire stukken waarvan één dan nog het algemeen persoonlijkheidsrecht (ongeacht de motivatie ervan) verwerpt.[26]

Minder bekend is dat het *Bundesgerichtshof* de tendens in feite al had gezet in een beslissing uit 1952, in een geschil waarin een echtgenote optrad tegen haar man die zijn minnares in de echtelijke woning had gehuisvest.[27] Het BGH erkende haar aanspraak in het licht van art. 6 Grondwet (bescherming van familie en huwelijk) maar bleef op de vlakte wat de techniciteiten betrof.[28] Deze uitspraak is bijzonder interessant daar voor de toevlucht tot de grondrechten in feite geen objectieve reden voorhanden was. Voorheen hadden verscheidene lagere rechtsinstanties immers op bevredigende wijze een gelijkaardige conclusie als het BGH bereikt *zonder* verwijzing naar grondrechten.[29] Van een noodgedwongen terugval op grondrechten als correctie van het privaatrecht was bijgevolg geen sprake. Eerder lijkt in deze het grondrecht te zijn gewaardeerd in haar signaalwaarde, als lichtbaken waarvan de grenzen niet nauwkeurig behoeven vastgesteld te worden, maar dat wel degelijk als

25 Zie Brüggemeier 2006, p. 64-65; Dürig 1956a, p. 181 (specifiek ten aanzien van het ontbreken van een constitutioneel voorschrift tot erkenning van een *algemeen* persoonlijkheidsrecht). In de Duitse Grondwet bevat enkel art 9 (3) (m.b.t. vakbondsvrijheid) een uitdrukkelijke horizontale werking (zie tevens Müller 1964, p. 121 die hieraan, zonder exhaustief te willen zijn, ook nog art. 9 (1) en 3 (2) toevoegt, waarmee hij een minderheidsstelling verdedigt) en dit artikel (inclusief de derdenwerking) is dan nog een *restatement* van art. 159 van de oude Weimar Constitutie.

26 Met name de 14e editie van Enneccerus' *Schuldrecht* (1954) zoals bewerkt door Lehmann (§ 233 2 c). Verder werd verwezen naar de evenzeer 14e editie van Enneccerus' *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* (1954) zoals bewerkt door Nipperdey, notoir voorstander van directe werking van grondrechten, (§ 78 I 2) en een bijdrage van Coing in de *Süddeutsche Juristenzeitung* (het toponiem zou pas in 1950 wegvallen) van 1947, *nota bene* geschreven voor de uitvaardiging van de nieuwe Duitse Grondwet waarop het BGH haar oordeel steunt, waarin op basis van de nieuwe primauteit van de menselijke waardigheid zoals deze in enkele van de nieuwe deelstatelijke constituties naar voren trad, inderdaad gepleit wordt voor de erkenning van een algemeen persoonlijkheidsrecht.

27 BGH 26 juni 1952, *BGHZ* 6, 360.

28 '[W]obei es dahingestellt bleiben mag, ob ihr Rechtauf diesen Bereich als ein absolutes Recht im Sinne des § 823 Abs 1 BGB zu gelten hat oder ob es ein Rechtsgut ist, zu dessen Schutz die Bestimmung des Art 6 GrundG eingreift, die nach Art 1 Abs 3 GrundG als unmittelbar geltendes Recht anzuwenden ist' (zie nader Lewan 1968, p. 589-590). Zie tevens OLG Köln 6 oktober 1953, *NJW* 1954, 352 waar onder gelijkaardige omstandigheden de bescherming van art. 6 Grondwet *in abstracto* erkend werd, doch *in concreto* ontzegd daar de echtgenoten reeds onderscheiden kamers betrokken in een gezamenlijk met derden bewoond appartement en geen gemeenschappelijke huishouding meer voerden (striktere maatstaven dan wat in het licht van de BGH uitspraak gerechtvaardigd zou lijken aldus Freiherr von Godin 1954, p. 352).

29 OLG Köln 18 november 1948, *SdJZ* 1949, kol. 623 noot P. Gieseke; KaG 26 november 1948, *JR* 1949, 51; OLG Schleswig 10 mei 1950, *JR* 1951, 629 en naar verluidt tevens LG Hannover, *Nds Rpfl* 1949, 18.

oriëntatiepunt geldt binnen het gehele rechtssysteem, privaatrecht incluis. Vanuit deze optiek is de stap naar de beslissing van 1954 aanzienlijk minder groot.

In datzelfde jaar poneerde ook het *Bundesarbeitsgericht* de *erga omnes* gelding van grondrechten.[30] De zaak betrof het ontslag van een werknemer (een lid van de ondernemingsraad zelfs) die door het verspreiden van communistische partijpropaganda[31] en bijbehorende agitatie de vrede op de arbeidsvloer zou verstoord hebben. Voor het arbeidshof beriep hij zich op bescherming van art. 3 (3) en 5 (1) van de Duitse grondwet, respectievelijk het verbod op discriminatie wegens politieke overtuiging en vrijheid van meningsuiting. In een doctrinair sterker onderbouwde beslissing dan het *Bundesgerichtshof* in de zaak *Schacht* afgeleverd had, onderkende eveneens het *Bundesarbeitsgericht* een directe werking van grondrechten. Een verrassing mag dat niet heten, de voorzitter van het *Bundesarbeitsgericht* was Nipperdey, een der meest prominente pleitbezorgers van rechtstreekse werking van grondrechten.[32]

---

30 BAG 3 december 1954, *NJW* 1955, 606. Zie verder o.a. BAG 15 januari 1955, *BAGE* 1, 258 (minimumloon gedifferentieerd naar geslacht strijdig met art. 3 (2), (3) GG); BAG 10 mei 1957, *BAGE* 4, 274 (celibaatsclausule arbeidsovereenkomst strijdig met art. 6 GG; opmerkelijk hierbij is dat het BAG eerder de Leisner variant van directe werking schijnt toe te passen dan de conceptie van voorzitter Nipperdey aldus Lewan 1968, p. 589); BAG 23 februari 1959, *BAGE* 7, 256; BAG 18 oktober 1961, *BAGE* 11, 338 (kerstbonus gedifferentieerd naar geslacht en burgerlijke staat strijdig met art. 3 (2), (3) GG); BAG 29 juni 1962, *NJW* 1962, 1981 (contractsvrijheid gaat slechts zo ver als art. 12 GG toelaat; zie tevens Nordemann 1962, p. 73); BAG 28 september 1972, *JZ* 1973, 375 (Ontslag bankbediende wegens verspreiden van werkgever hekelende communistische partijliteratuur niet strijdig met art. 3 (3) of 5 GG; 'Dabei geht der Senat […] in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des BAG […] von der Rechtsansicht aus, daß die genannten Verfassungsvorschriften unmittelbar auf den Privatrechtsverkehr anzuwenden sind'). Later (vgl. Starck 2001, p. 99) zou ook het BAG zich op indirecte werking heroriënteren (of althans duidelijke referentie aan directe werking onthouden welke nimmer expliciet werd herroepen (Starck 2002, p. 68)) (BAG 20 december 1984, *NJW* 1986, 85; BAG 27 februari 1985, *BAGE* 48, 122; BAG 12 juni 1992, *JZ* 1993, 908; BAG 23 juni 1994, *NZA* 1994, 1080 (zie evenwel BAG 22 november 1965, *NJW* 1966, 689, m.b.t. een non-concurrentiebeding opgelegd aan taxi-bestuurder, waarin evenzeer reeds afstand lijkt te zijn genomen van de directe werking (*cf.* Lewan 1968, p. 591)). Voor een overzicht van de BAG-rechtspraak inzake grondrechten zie Heither 1984, 315-366.

31 De communistische partij zou pas in 1956 buiten de wet gesteld worden.

32 Zie o.a. Nipperdey 1961, *passim* o.a. p. 14; Nipperdey 1972, 747 *et seq.* en in mindere mate Nipperdey 1968, p. 18-21 *et* 35-46 (zie exhaustief Brecher 1965, p. 31, voetnoot 5; voor een globaal overzicht van diens grondrechtsconceptie en horizontale werking in bijzonder zie Hollstein 2005, p. 249-269). Stolleis 2003a, p. 273 noemt hem als behorende tot de bent der conservatieve en anti-positivistische juristen wiens nadruk op grondrechten ontstond uit de Weimarse perceptie van grondrechten als bastion tegen revolutionair-socialistische tendensen. Nipperdey was trouwens een der geciteerde auteurs in *Schacht*. Het is onbetwist dat zijn visie een sterke invloed op de rechtspraak van het BAG uitgeoefend heeft (Hollstein 2005, p. 255-256; Oeter 1994, p. 533; Schramm 1985, p. 28; Sommeregger 2005, p. 40, voetnoot 18).

Daarenboven, en dat wordt in de latere doctrine veronachtzaamd, werd hiermee tot op zekere hoogte *slechts Weimar-rechtspraak verdergezet*. Zo werd reeds bij beslissing van het *Reichsarbeitsgericht* ontslag nietig bevonden wanneer dit had plaatsgevonden in strijd met de constitutioneel beschermde vrijheid van politieke overtuiging of meningsuiting.[33] Art. 118 *Weimarer Verfassung* bepaalde immers expliciet dat geen arbeids- of dienstverband aan de uitoefening van deze constitutionele rechten in de weg mocht staan en niemand mocht worden benadeeld wegens het gebruik ervan.[34] Interessant is dat in de litigatie voor het BAG de werkgever juist opgeworpen had dat aan art. 5 GG, het *Bonner Grundgesetz* equivalent van art. 118, geen horizontale werking toekwam daar voornoemde clausule hierin niet meer was geïncorporeerd. Naar het oordeel van het BAG was deze omissie echter van geen belang. Nogal kort door de bocht heet het dat in de ontstaansgeschiedenis van de Constitutie geen specifieke reden voor deze weglating kan worden getraceerd en daarenboven dat uit wijziging in formulering geen te verstrekkende gevolgen mogen worden getrokken. Wat het Hof betreft is art. 5 GG dus de eenvoudige reïncarnatie van het oude art. 118, inclusief de horizontale werking daarvan.[35] Wel wordt daaraan overigens toegevoegd dat 'Zwar nicht alle, aber doch eine Reihe bedeutsamer Grundrechte der Verfassung sollen nicht nur Freiheitsrechte gegenüber der Staatsgewalt garantieren, sie sind vielmehr Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben'. Ook wat betreft de grenzen van deze meningsuiting wordt uiteindelijk op Weimar-rechtspraak en doctrine verder gebouwd, met name in die zin dat de vrijheid van meningsuiting der werknemers wel degelijk kan beperkt worden, maar deze beperking zijn grens vindt daar waar de werkgever zijn machtsoverwicht misbruikt. Uiteindelijk zou deze lijn de concrete beslissing bepalen, aangezien gemeend werd dat niet de werkgever, maar de werknemer de grenzen van de vrijheid van meningsuiting overschreden had, met name door de arbeidsvrede te verstoren.[36] In dit licht is de uitspraak dan ook minder vernieuwend dan algemeen wordt voorgesteld.[37]

---

33 *RAG* 10, 34 aangehaald in Krüger 1949, p. 164; vgl. Schwerdtner 1973, p. 379.

34 Zie voetnoot 16.

35 Verder valt in dergelijke zin te lezen dat 'Wenn auch Art. 5 GG die Bestimmung des Art. 118 Abs. 1 Satz 2 Weim. Verf. nicht übernommen hat, so ist gleichwohl anzunehmen, daß diese Bestimmung der Weim. Verf. auch im Bereich des Art. 5 GG maßgebend ist'.

36 O.a. in verwijzing naar het verbod aan leden van de ondernemingsraad tot partijpolitieke pressie binnen het bedrijf (toenmalig § 51 BetrVG). Ook van discriminatie kon geen sprake zijn daar het ontslag niet gemotiveerd werd door de politieke mening van de eiser maar door diens halsstarrige pogingen tot opruiing.

37 Overigens valt bij Krüger 1954, p. 370 te constateren dat ook de lagere rechtspraak '[o]hne das Problem der absoluten oder relativen Wirkung der Grundrechte überhaupt zu erörtern' of aanstoot te nemen aan de beperktere formulering van art. 5 GG, de Weimar rechtspraak ontwikkeld rondom art. 118 Weim. Verf. heeft voortgezet en aldus het grondrecht op vrije meningsuiting binnen arbeidsrelaties gewoon heeft laten doorwerken (verwezen wordt daarbij o.a. naar LAG Bremen 21 februari 1951, *AR-Blattei*, Rechtspr. nr. 1123; LAG Düssel-

Het belang van dit arrest schuilt echter niet enkel in de erkenning van *Drittwirkung* zelf. Even significant is m.i. de nadruk die op de maatschappelijke dimensie van deze theorie werd gelegd: grondrechten fungeren als 'Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben'. Sociaal is hier geen loos adjectief, doch valt te interpreteren als een betekenisvolle referentie aan de nieuwe staatsideologie van het herrezen Duitsland. Met name verwijst het *Bundesarbeitsgericht* hierbij naar het *Sozialstaatsprinzip* hetwelk een proactieve verzorgingsstaat op basis van een doorgevoerde solidariteit voorstaat. De basis voor dit principe is te vinden in art. 20 en 28 van de constitutie waarin gesproken wordt van een 'sozialer Bundesstaat' respectievelijk 'sozialen Rechtsstaates'. Het wordt erkend als een der meest fundamentele pijlers der Duitse Staat doch is anderzijds ook een der meest vage concepten van het hele publiekrecht.[38] Meer specifiek poneert het *Bundesarbeitsgericht* dat:

> Auch das normative Bekenntnis des GG zum sozialen Rechtsstaat (Art, 20, 28 GG) […] spricht für die unmittelbare privatrechtliche Wirkung der Grundrechtsbestimmungen, die für den Verkehr der Rechtsgenossen untereinander in einer freiheitlichen und sozialen Gemeinschaft unentbehrlich sind.[39]

Juist de betekenis van de Grondwet voor deze solidaire maatschappijleer, in een radicale breuk met niet enkel de totalitaire staat doch evenzeer met het mercantiele liberalisme van de 19e eeuw, maakt dat de vrijheid van de een niet ten koste van de vrijheid van de ander kan gaan en impliceert kortom noodzakelijkerwijze een directe werking van grondrechten.[40] Zoals voorzitter Nipperdey later in een rede voor de Keulse universiteit verklaren zou:[41]

> Wesentlicher Bestandteil dieser verfassungsmäßigen Ordnung ist das Sozialstaatsprinzip. So bedeutet Art. 2 Abs. I GG in Verbindung mit diesem Prinzip die Ablehnung des totalen Staates, der grundsätzlich die Freiheit des einzelnen dem staatlichen Zwang unterordnet, aber auch die Ablehnung eines völlig liberalen Staates, in dem die unbeschränkte Freiheit des einzelnen zum Mißbrauch und zur Unterdrückung der Freiheit der anderen führen kann. Aus dem Sozialstaatsprinzip ergeben sich somit unmittelbar Grenzen der individuellen Freiheit.

Horizontale werking verschijnt in de visie van het Hof dus niet louter als afweerrecht ten persoonlijke titel doch in eerste instantie als *instrument* evenals *exponent* van een welbepaalde nieuwe staatsideologie. Aldus beklemtoont deze

---

dorf 16 mei 1951, *AP* 51, nr. 237; LAG Düsseldorf 19 oktober 1951, *AR-Blattei*, Rechtspr. nr. 1311; LAG Düsseldorf 21 januari 1954, *RdA* 1954, 159).

38 Zie o.a. Laufke 1956, p. (184-)185 *et seq.*; Schwark 1996, p. 4 *et seq.*; Zacher 1977, p. 207-267.

39 Vgl. Laufke 1956, p. 153 en verwijzingen aldaar; Müller 1964, p. 127-128. Zie m.b.t de rol van het *Sozialstaatsprinzip* in *Drittwirkung*-litigaties tevens Markesinis, Unberath & Johnston 2006, p. 39-40.

40 Zo bijvoorbeeld ook Müller 1964, p. 127 m.b.t. derdenwerking algemeen.

41 Nipperdey 1961, p. 8.

figuur maatschappelijke verandering, belichaamt het in de uitspraak van het Hof doelbewust een afzetting tegen misstanden uit het verleden. Deze drijfveer, de breuk met de *Unrechtsstaat* benadrukken (en niet slechts een afhandeling van de concrete casus verschaffen) blijft in studies omtrent het ontstaan van *Drittwirkung* ten onrechte verwaarloosd.

In 1958 vervoegde ten slotte ook het *Bundesverfassungsgericht* expliciet de rangen.[42] In 1950 had Lüth, toenmalig senator en hoofd van het openbare persbureau in Hamburg, opgeroepen tot boycot van het meest recente werk van Veit Harlan, beter bekend als cineast van de infame antisemitische klassieker *Jud Süß* wiens producties in de naoorlogse jaren uiteraard heftige reacties opriepen.[43] Harlan verzocht en verkreeg ten aanzien van Lüth het bevelschrift verdere acties te staken, wat deze laatste met een beroep op vrijheid van meningsuiting (art. 5 (1) GG) voor het *Bundesverfassungsgericht* aanvocht. Waar het *Bundesverfassungsgericht* initieel het primair verticale karakter van de grondrechten benadrukt, wordt evenwel vervolgd:

> Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will […] in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objective Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt […] Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflußt es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden.[44]

Kortom, ook het *Bundesverfassungsgericht* erkende de gelding van grondrechten in relatie tot het privaatrecht. Het leerstuk werd aldus *incontournable*, doch de Lüth-uitspraak betekende geen overwinning over de gehele lijn.[45] De rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* en voornamelijk het *Bundesarbeitsgericht* propageerde immers een *directe* werking van grondrechten: in een privaat geding zou men zich rechtstreeks kunnen beroepen op een welbepaald grondrecht zoals dat in de grondwet werd geïncorporeerd (in de regel de norm inclusief de beperkingsclausules), waarbij de werking van het grondrecht in deze horizontale relatie gelijkaardig[46] is aan deze in de traditioneel verticale

---

42 BVerfG 15 januari 1958 (Lüth), *BVerfGE* 7, 198. Zie o.a. Odendahl 1998, p. 933-937.

43 Zie in bijzonder de interessante contextschets in Rensmann 2007, p. 83; Riedlinger 2005, p. 147 *et seq.* Wat beide protagonisten specifiek betreft zie Kretschmann 2005, p. 47-63 (Lüth) en Kuhlbrodt 2005, p. 65-78 (Harlan).

44 Voor een uitvoerige exegese van de bronnen die aan deze formulering ten grondslag liggen zie Rensmann 2007, p. 97-113 (uiterst secundair Goerlich 1973, p. 52, voetnoot 149).

45 Zie m.b.t. de kritiek op dit oordeel *in globo* o.a. Hochhuth 2007, p. 38 (*et seq.*) in bijzonder referenties in voetnoten 5 en 6.

46 De exacte intensiteit was omstreden, zie o.a. § 3.1.2.2.

dimensie. Het *Bundesverfassungsgericht* proclameerde daarentegen (hoewel in feite met zoveel woorden wordt gezegd dat terzake geen omvattende positie behoeft ingenomen te worden)[47] een restrictievere *indirecte* werking.[48] Samengevat luidt het dat de grondrechten niet gehanteerd dienen te worden als de afgelijnde bepaling die ze zijn, doch slechts als representant van de fundamentele waarde die ze vertegenwoordigen. De privaatrechtelijke normen dienen zich op hun beurt naar deze aldus gestripte grondrechten te oriënteren, doch worden hierdoor allerminst vervangen; het geschil blijft volkomen privaatrechtelijk van aard.[49]

Wat de juiste houding was en de voorkeur verdiende bleef ook de volgende decennia een onderwerp van uitgebreide discussie.[50] Voornamelijk op directe werking werden de pijlen gericht. Onder meer werd gevreesd dat deze figuur zou leiden tot totale rechtsonzekerheid (bij overeenkomsten zou immers zo goed als nimmer kunnen worden verzekerd dat alle grondrechtelijke normen in rekening werden genomen).[51] Verder zou het staan voor een verder oprukken van de Staat in traditioneel staatsvrije domeinen[52] en werd gevreesd dat het privaatrecht door de grondrechten volkomen zou opgeslorpt worden. Ten slotte[53] zou directe werking haar doel voorbij schieten en door te sterke bin-

47 'Auch jetzt besteht kein Anlaß, die Streitfrage der sogenannten "Drittwirkung" der Grundrechte in vollem Umfang zu erörtern'.

48 Zie in eerste instantie Dürig, gezaghebbend commentator staatsrecht, algemeen erkend als 'vader' van de leer der indirecte werking en in die hoedanigheid inspirator (o.a Brüggemeier 2006, p. 71; vgl. kritisch Böckenförde 2004, p. 602) van wat als de *Lüth*-doctrine zou te boek staan: zie o.a. Dürig 1956a, p. 157 *et seq*. Dürig zou *in globo* een aanzienlijke bijdrage leveren aan de door het *Bundesverfassungsgericht* in aangelegenheden als deze aangenomen positie. In feite zou kunnen gewaagd worden van een soort van wisselwerking, dialoog tussen beiden. Dürig's visie aangaande grondrechtssystematiek (in bijzonder Dürig 1956b, p. 117 *et seq.*) had een significante impact (Scholz 1975, p. 81) op het *Bundesverfassungsgericht* in de uitspraak *Elfes* (BVerfG 16 januari 1957, *NJW* 1957, 297), welk traditioneel als antecedent van *Lüth* wordt beschouwd. De instemmende noot die Dürig aan het *Elfes* wijdde (Dürig 1957, p. 169-173), zou op haar beurt tot het *Lüth* oordeel inspireren (Henne 2005, p. 216), een oordeel dat naderhand dan weer instemmend door Dürig werd uitgedragen (Dürig 1958, p. 194 *et seq.*; *cf.* tevens Brüggemeier 2006, p. 71).

49 In praktijk verloopt deze indirecte werking meestal via open normen. Het BVerfG gewaagde in *Lüth* reeds van open normen (kenmerkend getypeerd als 'Einbruchstellen') als meest geschikt instrument tot effectuering van constitutionele invloed in aangelegenheden van dwingend recht (i.e. openbare orde).

50 Hesse 1978, p. 437.

51 Schramm 1985, p. 28.

52 Zie in bijzonder Dürig 1956a, p. 183-184; secundair Ehmke 1961, p. 79 (*et seq.*).

53 Voor de volledigheid weze opgemerkt dat ook uit de bewoordigen van het *Grundgesetz* argumenten tegen directe werking werden gepuurd, met name uit art. 1 Abs. 3 *Grundgesetz* ('Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht'; naar bewering van Klass 2004, 216 zelfs het voornaamste argument in het hele debat, zie tevens o.a. Medicus 1992, p. 43) evenals Abs. 1 van datzelfde artikel ('Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt'). De betekenis hiervan mag niet overschat worden. Deze bepaling werd evenzeer ingeroepen om derdenwerking *tout court* af

ding aan de grondrechten de vrijheid in het private rechtsverkeer juist vernietigen.[54] In relatieve vorm werden deze laatste argumenten evenwel ook ingeroepen ten aanzien van indirecte werking, want ook hiervan werd gevreesd dat er een aantasting van de private autonomie en een te overheersende invloed op het privaatrecht zou van uitgaan. Meest gefrequenteerd tegen horizontale werking *in se* was echter het (reeds naar feitelijke grondslag deels twijfelachtige)[55] argument dat grondrechten enkel geconcipieerd werden als afweerrechten tegenover het staatsgezag.[56] Dat argument bezat echter weinig overtuigingskracht en werd afgewezen met de eenvoudige overweging dat dit voor de toekomst geen andere toepassing uitsluit.[57] Overigens konden pleidooien tegen *Drittwirkung* in het algemeen maar op weinig aanhang rekenen, zeker naarmate de jaren verstreken. Centraal strijdpunt was steeds de kamp tussen de directe[58] en indirecte werking.[59] Geconcentreerd op deze diversificatie ontstonden daarnaast ook meer alternatieve percepties, tot de bekendste waarvan behoren deze van Schwabe[60] en deze van Canaris,[61] die vasthouden aan de visie dat enkel de Staat door de grondrechten gebonden blijft, evenwel ook wanneer ze interprivate relaties inricht;[62] de praktische consequenties blijven uiteindelijk redelijk gelijkaardig, maar de theorie van *Drittwirkung* zelf berust dan in feite op een methodologische misconceptie. In feite ontwikkelde de Duitse theorievorming zich dermate omvattend dat hieraan in de talrijke buitenlandse publicaties die in de receptieperiode zouden volgen nog maar

te houden (Schmidt-Rimpler, Giesecke, Friesenhahn & Knur 1950-51, p. 169 (Abs. 1); Jellinek 1950, p. 425 (Abs. 3)), om alternatieve dogmatiek te verdedigen (Canaris 1984, p. 203-204; Canaris 1989, p. 161-162; Schwabe 1970, p. 26, 140) en zelfs door vertegenwoordigers van de directe werking, zich daarbij tevens op Abs. 2 ('Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt') beroepende (Müller 1964, p. 125; Leisner 1960, p. 149; Hamel 1957, p. 20-21; zie tevens Nipperdey 1951, p. 283), alsook werd verkondigd dat hieruit inhoudelijk eigenlijk geen conclusies, geen oplossingen te deduceren vallen (Grabitz 1976, p. 280 (Abs. 3)). Zie tevens o.a. Diederichsen 1998, p. 203-205.

54 *Cf.* Zacher 1980.

55 *Cf.* Leisner 1960, *passim*; Ramm 1960, p. 42 *et seq.* Vgl. Laufke 1956, p. 147 *et seq.*

56 O.a. Schmidt-Rimpler, Giesecke, Friesenhahn & Knur 1950-51, p. 169, 170.

57 O.a. Gamillscheg 1964, p. 405; Müller 1964, p. 125-126.

58 Naast Nipperdey voornamelijk vertegenwoordigd door Gamillscheg 1964, p. 419 *et seq.*; Leisner 1960, *passim* (o.a. p. 356 *et seq.*); Ramm 1960, p. 38 *et seq.* Zie verder o.a. Kaufman 1962, p. 295-301; Mayer 1985, p. 106; Steindorff 1983, p. 12 *et seq.*

59 Aan de draagwijdte van de onderscheiden strekkingen en de interne verschillen die beide scholen erop nahouden zijn reeds talloze studies gewijd zodat niet nodig is verder in detail te treden, verwezen kan worden naar o.a. Eckhold-Schmidt 1974, p. 28 *et seq.* of, meer recent, Nießen 2005, p. (90-)112-120.

60 Schwabe 1971. Zie kritisch o.a. Klein 1989, p. 1640.

61 Canaris 1999, p. 71 *et seq.* Secundair Canaris 1989, p. 161 *et seq.* en Canaris 1984, p. 202 *et seq.*

62 Voor het onderscheid tussen de beide visies zie in bijzonder Canaris 1984, p. 217 *et seq.*; Schwabe 1985, p. 1-8 en Canaris 1985, p. 9-12.

weinig werd toegevoegd.[63] Uiteindelijk zou de indirecte werking binnen de doctrine triomferen en de rechtsleer zich aldus aansluiten bij de door het Bundesverfassungsgericht uitgezette (en naderhand gecontinueerde)[64] jurisprudentie.

2.2.2 Italië

Terwijl in Duitsland het debat op volle kracht werd gevoerd trachtte die andere westerse asmogendheid, Italië, eveneens de wonden te likken. Ook hier werd in reactie op de fascistische periode een nieuwe grondwet en een constitutioneel Hof geïntroduceerd.[65] Ook deze droegen in zich de kern van wat tot een leer van horizontale werking van grondrechten uitgroeien zou.[66] De ontwikkeling verliep evenwel minder turbulent dan in Duitsland, waarvan de doctrine in de verdere toekomst een duidelijke inspiratiebron voor Italië vormde.[67] Nochtans werd het principe al vroeg erkend.[68] In 1948 kende het *Tribunale di Firenze* directe werking toe aan art. 36 van de Constitutie dat een recht van werknemers vooropzet tot een verloning die volstaat om hen en hun familie een vrij en waardig bestaan te garanderen.[69] Ook andere aspecten

63 Aldus ook Abrantes 2000, p. 16.

64 Tot de meest bekende behoren o.a. BVerfG 5 juni 1973 (Lebach), *BVerfGE* 35, 202 (zie o.a. Zacharias 2000, p. 649-652); BVerfG 26 februari 1969 (Blinkfüer), *BVerfGE* 25, 256 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 48); BVerfG 24 februari 1971 (Mephisto), *BVerfGE* 30, 173; BVerfG 14 februari 1973 (Soraya), *BVerfGE* 34, 269; BVerfG 13 mei 1980 (Eppler), *BVerfGE* 54, 129; BVerfG 2 juni 1980 (Böll), *BVerfGE* 54, 208; BVerfG 25 januari 1984 (Wallraff), *BVerfGE* 66, 116.

65 *Cf.* Gambaro 1998, p. 176.

66 Opmerkenswaardig is hierbij reeds de vooropstelling van art. 2 waarin de Republiek zich verbindt tot erkenning en bescherming van de onschendbare mensenrechten, zowel ten aanzien van het individu *als in sociale groepen binnen dewelke de individuele persoonlijkheid expressie vindt* ('sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità'). In zekere zin zit hierin dus al een algemene programmaverklaring tot horizontale werking verscholen (*cf.* Bigliazzi Geri 1986, p. 31; vgl. Calero 1998, p. 239).

67 Dit is onder andere af te leiden uit het feit dat in de Italiaanse doctrine frequent naar het leerstuk verwijst middels de Duitse term 'Drittwirkung' (zo o.a. Alpa 2000, p. 521 *et seq.*; Barile 1994, p. 60; Bin & Pitruzzella 2004, p. 470; Celano 2004, p. 54, 55; Morelli 1996, p. 539 *et seq.*; Morelli 1999, p. 4; Paladin 1993, p. 37; Vincenzo 2003, *passim* (o.a. p. 32, 37, 43, 51). Secundair Rescigno 1989, p. 255 (in expliciete verwijzing naar het Duitse leerstuk)). Ook in (zelfs recente) jurisprudentie wordt deze term zonder merkelijke hesitatie gehanteerd, zo o.a. Cass. 7 juni 2000 (nr. 7713), *Resp. civ. prev.* 2000, 923; Cass. 23 oktober / 12 december 2003 (nr. 19057), *Giust. Civ. Mass*. 2003, 12; Cass. 15 juli 2005 (nr. 15022), *Corr. giur.* 2006, 4, 525; Cass. 9 november 2006 (nr. 23918); Cass. 11 januari 2007 (nr. 394).

68 Vgl. tevens Nießen 2005, p. 122. Zie *qua status quo* o.a. Zanghi 1971, p. 269-278.

69 Trib. Firenze 23 maart 1948, *Mon. Trib.* 1949, nr. 18. *In casu* was de verloning in de individuele arbeidsovereenkomst lager dan met het oog op levensbehoeften noodzakelijk werd geacht en dan voorzien was in de relevante CAO. Hoewel de rechtstreekse binding van de werkgever aan voornoemde CAO betwist werd, oordeelde het tribunaal dat deze collectieve overeenkomst door de algemene erkenning ervan in ieder geval als *mores erga*

van het arbeidsrecht werden snel door grondrechten gekoloniseerd,[70] o.a. wat de loongelijkheid tussen man en vrouw betrof.[71] Dit betekent echter niet dat de Italiaanse rechtspraak vanaf dat moment een stortvloed aan dergelijke horizontale jurisprudentie herbergde. Het constitutionaliseringsproces als geheel greep eerder geleidelijk plaats en ging hand in hand met een paradigmawissel ten aanzien van de constitutie waarvan steeds meer het projectmatige sociale, solidaire karakter werd benadrukt.[72] In het verlengde hiervan nam ook de jurisprudentie gradueel, doch slechts geleidelijk toe[73] om pas zijn explosieve groei in de laatste twee decennia te ervaren, decennia waarin het trouwens van aanzienlijke invloed op de Italiaanse rechtsonwikkeling kwam te getuigen.[74]

---

omnes gold. Geconcludeerd werd dat een overeenkomst die niet de minimale verloning als voorzien in dergelijke CAO garandeert in strijd is met art. 36 Constitutie, wat een recht is waarvan geen afstand kan worden gedaan ('un contratto individuale che non accordasse neppure tale minimo sarebbe contrario al l'art. 36 della Constituzione, ad una norma cioè, inderogabile'). Dit art. 36 zou ook in de verdere toekomst een aanzienlijke rol in de 'horizontale' arbeidsrechtspraak blijven spelen, zie o.a. Cass. 10 augustus 1953 (nr. 2696), *Giur. compl. cass. civ.* 1953, 505 (zie o.a. Nießen 2005, p. 173) en meer recentelijk Cass. 4 december 1997 (nr. 12334), *Foro It.* 2000, Lavoro (rapporto), [3890], nr. 983 (bijkomende vergoeding voor werk geleverd na 6 dagen ononderbroken arbeid); Cass. 9 maart 1999 (nr. 2022), *Mass. Giur. Lav.* 1999, 358, noot Sbrocca (verloning minimaal overeenkomstig de standaard vastgesteld in CAO).

70 Zie tevens Favilli & Fusaro 2007, p. 297-298.

71 Trib. Milaan 30 juni 1955, *Riv. giur. lav.* 1955, II, 369; Trib. Milaan 9 december 1955, *Foro It.* 1956, I, 478; CA Milaan 11 oktober 1956, *Foro It.* 1957, II, 778; CA Milaan 14 december 1956, *Mass. Giur. Lav.* 1957, 80 (aanwending van terzake expliciete art. 37 Constitutie).

72 *Cf.* Pino 2006, p. 7.

73 Deze rechtspraak betrof in overwegende mate de invloed van art. 32 constitutie (het recht op gezondheid), en dit zowel in geschillen met betrekking tot hinder (geluidsoverlast, smog *etc.*) tussen naburige erven (zie o.a. Pret. Bologna 18 mei 1972, *Giur. It.* 1973, I, 2, 798; Trib. Vigevano 9 februari 1982, *Giur. It.* 1983, I, 2, 398; Cass. 6 april 1983 (nr. 2396), *Giur. It.* 1984, I, 1, 537; CA Milaan 27 april 1984, *Giur. It.* 1986, I, 2, 32; Trib. Lecco 26 juni 1984, *Giur. It.* 1986, I, 2, 32; Trib. Vigevano 25 januari 1985, *Foro It.* 1986, I, 2872; Trib. Vicenza 24 november 1986, *Foro It.* 1988, I, 285. Zie tevens Corte Cost. 23 juli 1974, *Giust. Cost.* 1974, p. 2371; Cass. 9 maart 1979 (nr.1463), *Foro It.* 1979, I, 939 en Cass. 6 oktober 1979 (nr. 5172), *Foro It.* 1979, I, 2302) als in de erkenning van vergoeding voor bepaalde extra-patrimoniale schade (m.n. '*danno biologico*', zo o.a. Trib. Genova 25 mei 1974, *Giur. It* 1975, I, 2, 54; Cass. 6 juni 1981 (nr. 3675), *Giur. It.* 1982, I, 1, 920; zie tevens Corte Cost. 26 juli 1979 (nr. 87), *Foro It.* 1979, I, 2543 en Corte Cost. 14 juli 1986 (nr.184), *Foro It*. 1986, I, 2053). Daarnaast kan verwezen worden naar litigaties m.b.t de installatie van een private (schotel)antenne in appartementsgebouwen in relatie tot het recht op vrijheid van meningsuiting (Cass. 16 september 1983 (nr. 7418), *Foro It.* 1984, I, 415 & Cass. 6 november 1985 (nr. 5399), *Foro It.* 1986, I, 707).

74 Vgl. Zäch 1989, p. 8, voetnoot 63.

2.2.3 Oostenrijk en Zwitserland

Ook in Oostenrijk werd het leerstuk al snel onder de aandacht gebracht. Na enkele bescheiden aanzetten[75] bekwam het uitgebreidere belangstelling als onderwerp van de eerste Oostenrijkse juristendag (1961).[76] Voornamelijk de bijdrage van Bydlinski[77] betreffende de privaatrechtelijke werking van de *Gleichheitsgrundsatz* zou een belangrijke aanzet tot verdere theorievorming uitmaken. Deze ontwikkeling gebeurde echter zeer geleidelijk;[78] zo gewaagde Adamovich in 1971 van 'bisher nur gewisse Ansätze'.[79] Ook in de latere jaren ontstond niet echt een *hausse* omtrent dit onderwerp.[80] De eraan gewijde publicaties waren eerder incidenteel en bezadigd van aard. Nochtans belemmerde dit niet dat het leerstuk tot volle wasdom kwam. De Oostenrijkse opvattingen schreven zich mettertijd in binnen de Duitse theorievorming, wat niet verwonderlijk is aangezien hiermee in de Oostenrijkse rechtstraditie in het algemeen een sterke verbondenheid wordt ervaren.[81] Opvallend is daarbij wel de duidelijk minder heftige teneur in de Oostenrijkse leer.[82] De impressie die daarbij ontstaat, en met dergelijke vergelijkingen begeeft men zich uiteraard op ongewisse paden, is een *mutatis mutandis* van de spreuk dat 'wanneer het regent in Parijs het druppelt in Brussel'. Nochtans prijkt voor deze indolentie een uiterst rationele verklaring op de voorgrond: het Oostenrijkse *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* had reeds ruim voor de Constitutie het pad der grondnormen betreden. Als uit 1811 stammende codificatie was ze stevig gegrond in rationalistisch natuurrechtsdenken en navolgend voorzien van grondrechtssoortelijke bepalingen. Daarmee bereidde ze de weg voor de pas in 1867

---

75 Zie Novak 1984, p. 134, voetnoot 5 (vgl. Leisner 1960, p. 300 welke toenmaals opmerkte dat het onderwerp, in zoverre geweten, in Oostenrijk recentelijk niet aan de orde was gesteld).

76 Khol 1971, p. 199 (zie tevens Melchiar 1964, p. 30 *et seq.*).

77 Bydlinski 1961.

78 Zie onderwijl o.a. Bydlinski 1962/63, p. 423-460 (een zéér sterk op Leisner 1960 geïnspireerde bijdrage); Bydlinski 1965, p. 67-85; Ermacora 1963, p. 27-28; Ermacora 1966, 155-157; Pernthaler 1969, p. (69-)71.

79 Ádamovich 1971, p. 502. Zie tevens Ermacora 1963, p. 27 & Ermacora 1966, p. 155 ('noch kaum als Problem erkannt').

80 M.b.t. de *status quo* in 1978 kan worden verwezen naar Rosenzweig alwaar wordt opgemerkt dat in zoverre de uitdrukkelijke wetsbepalingen tekortschieten de rechtbanken de mogelijkheid hebben grondrechten indirect te laten doorwerken (Rosenzweig 1978, p. 473) en dat '[i]n der beim Bundeskanzleramt gebildeten Grundrechtskommission zur Neukodifikation der Grundrechte' de opvatting werd gehuldigd dat 'der neue Grundrechtskatalog nicht allgemein eine Drittwirkung der Grundrechte verankern soll, sondern jedes Grundrecht auf seine Eignung für die Drittwirkung oder für die Normierung einer Institutsgarantie geprüft werden soll' (Rosenzweig 1978, p. 473).

81 Dit wordt onder meer treffend geïllustreerd door het feit dat het *Oberster Gerichtshof* in de haar standpuntbepalende uitspraak aangaande het omstreden *wrongful life* vraagstuk er zich niet voor schroomde de desbetreffende uitspraak van haar Duitse equivalent (*Bundesgerichtshof*) in *quasi identieke* bewoordingen te herhalen. Zie *infra* § 7.1.2.

82 Vgl. tevens Khol 1971, p. 198-199.

aantredende grondrechtsbepalingen die hierin een vruchtbare inspiratiebron vonden en haar rol overnamen.[83] Ontdaan van haar strekking was het burgerlijk wetboek daarmee uiteraard niet, zodat wat het privaatrecht betrof de fundamenteelrechtelijke dimensie grotendeels was verzekerd en een *recours* naar grondrechten in de regel redundant. Wel was hiermee uiteraard een besef aanwezig van het gehele rechtssysteem doordringende grondnormen,[84] wat naderhand in samenloop met de Duitse *Drittwirkungsleer* zou resulteren.[85]

Enigszins verwant met de Oostenrijkse historiek is het Zwitserse verhaal. Ook hier werd het vraagstuk binnen de doctrine al snel aan de orde gesteld, met name door Hans Huber[86] en in diens voetsporen enige 'in Bern wirkende Staatsrechtler'.[87] Van commotie kan niet gesproken worden, eerder van gematigde receptie zonder veel sporen van verrassing of verwondering;[88] in de doctrine kristalliseerde zich snel en zonder veel drukte een amper gecontesteerde[89] voorkeur voor indirecte horizontale werking.[90] In retrospectief spreekt Göksu wel van een uitgebreide polemiek,[91] maar objectief en vanuit rechtsvergelijkend oogpunt lijkt dit sterk overdreven. De enige waargenomen episode met polemische allures ontspon zich uit een kritisch artikel van Bucher in de *Schweizerische Juristen-Zeitung* van 1987,[92] waaraan overigens de licht ironi-

83 Ermacora 1963, p. 27; Ermacora 1966, p. 156; Ermacora 1970, p. 386-387.

84 Vgl. o.a. Khol 1971, p. 199-200.

85 Wat betreft de contemporaine status zie bij uitstek Hinteregger 1999, p. 741-754. Verder kan o.a. worden verwezen naar Adamovich, Funk & Holzinger 2003, p. 26 *et seq.*; Berka 2000, p. 45-49; Griller 1983, p. 109 *et seq.*; Griller 1992, p. 205 *et seq.* & 289 *et seq.*; Holoubek 1999, p. 57 *et seq.*; Korinek & Gutknecht 1980, p. 319; Loebenstein 1983, 759 *et seq.*; Mayer 1990, p. 768 *et seq.*; Mayer 1992, p. 768 *et seq.*; Novak 1984, p. 133 *et seq.*; Walter & Mayer 2000, p. 584-550.

86 Zie o.a. Huber 1955, p. 173-207; Huber 1963, p. 132 *et seq.*; Huber 1966, p. 201-204. Zie overigens reeds Huber 1936, p. 194a-195a (waar wordt geattendeerd op de staatsverantwoordelijkheid t.a.v. inbreuken op vrijheidsrechten door private entiteiten).

87 Bucher 1987a, p. 38.

88 O.a. Favre 1973, p. 191 die opmerkt dat de meerderheidsopvatting binnen rechtspraak en doctrine erin bestaat dat het privaatrecht reeds een exhaustief karakter ten toon spreidt en een vertaling is van de gehele werkelijkheid der normen die er aan de grondslag van liggen. Zie tevens Bucher die in 1987 opmerkt dat de theorie weliswaar zijn intrede heeft gedaan binnen het publiekrechtelijke debat (Bucher 1987a, 37) maar dat de privatisten er amper notie van hebben genomen (Bucher 1987a, 38 & Bucher 1987b, p. 9). Aangezien hij gelijkaardig concludeert met betrekking tot de situatie in Duitsland (Bucher 1987a, 38, voetnoot 5), wat toch een al te overtrokken beeldvorming is, vermag deze assertatie slechts met de nodige terughoudendheid in rekening te worden genomen.

89 Kritisch t.a.v. (het potentieel van) derdenwerking: Aubert 1967, p. 626 *et seq.*; Aubert 1979, p. 14 ('Considérés dans leur sens positif [...] les droits fondamentaux ont encore moins de chances d'influencer les rapports privés'); Favre 1970, p. 253 *et seq.*; Wespi 1968, p. 42 *et seq.*; Grisel 1970, p. 359 *et seq.* Meer recent kan verwezen worden naar Bucher 1987a, p. 37-47; Sandoz 1987, p. 214-216 en secundair Auer, Malinverni & Hottelier 2000, p. 60-61 (genuanceerd).

90 Müller 1982, p. 81. Zie tevens hoofdstuk 3, voetnoot 197.

91 Göksu 2002, p. 89.

92 Bucher 1987a, p. 37-47.

sche[93] of zelfs minachtende[94] toonzetting ervan niet vreemd zal zijn geweest. Daarenboven nam ook deze woordstrijd geen impressionante proporties[95] aan, noch voegde het werkelijk nieuwe inzichten toe. Het is eerder zo dat, ook al trachten sommige auteurs zich van het tegendeel te overtuigen, derdenwerking de Zwitserse gemoederen nooit werkelijk heeft beroerd, nooit een sterke aversie heeft opgroepen. Uiteraard was er wel een zekere stroming die haar afkeer duidelijk ten toon spreidde, maar deze was eerder geïnspireerd uit verzet tegen de artificiële impregnatie van rechtspraak met grondrechten (inclusief de nodeloze complexiteit daaruit voortvloeiend) evenals de doctrinaire tendens om in reguliere rechtspraak al te lichtzinnig exponenten van de derdenwerking te bespeuren,[96] en bijgevolg niet zozeer gericht tegen het concept *in se*. Opvallend is overigens dat, bijzonder atypisch in heel de Europese derdenwerkingdoctrine, de kritiek juist van repliek werd gediend met het argument dat het leerstuk volstrekt niets nieuws bracht.[97] Hierin schuilt dan ook de kern van de verklaring voor de Zwitserse attitude, namelijk dat het concept, voor het aldaar heersende rechtsbewustzijn, aan manifest vernieuwende kracht ontbreekt.

Zo, en daar valt de Zwitserse appreciatie terug te koppelen aan de Oostenrijkse situatie, bezit het Zwitserse burgerlijk wetboek reeds van 'oudsher' een manifest onderkende terugkoppeling aan fundamentele waarden, nl. middels art 27-28 (*Schutz der Persönlichkeit*).[98] De relatie werd in het verleden zelfs

93 Vgl. Sandoz 1987, p. 214.

94 Rhinow 1987, p. 99-100.

95 Resultante zijnde slechts Sandoz 1987, p. 214-216 (instemmend); Saladin 1988, p. 373 *et seq.* (kritisch). Zie tevens Rhinow 1987, p. 99-100 (kritisch t.a.v. de toon, slechts impliciet t.a.v. inhoud); Zäch 1989 ((impliciet kritisch) bij de polemiek aansluitend (p.1) maar niet dialogerend).

96 Bucher 1987a, p. 37-47.

97 Saladin 1988, p. 384.

98 Vgl. Huber 1966, p. 202; Kaufmann 1978, p. 480. Art. 27 bepaalt sinds de creatie van het Zwitserse burgerlijk wetboek in 1907: '(1) Nul ne peut, même partiellement, renoncer à la jouissance ou à l'exercice des droits civils (2) Nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs'. Daaraan is tot heden niets gewijzigd, behoudens de margetitel ('B. Protection de la personnalité') waaraan in 1983 een subtitel werd toegevoegd ('I. Contre des engagements excessifs') met als doel een onderscheid te maken met de strekking van artikel 28 ('II. Contre des atteintes') welk artikel toen nader uitgewerkt werd (Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de la personnalité : art. 28 CC et 49 CO) du 5 mai 1982, *FF* 1982, II, p. 679). Aanvankelijk bepaalde art. 28 dat 'celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser' (waarbij onder deze 'intérêts personnels' in bijzonder werden verstaan geestelijke waarden, al wat uitdrukking geeft aan integriteit en waardigheid van de persoon) en liet het toe aan de benadeelde morele schadevergoeding toe te kennen (Favre 1973, p. 190). Aanvang jaren '80 werd dit, in bijzonder met het oog op toenemende dreiging vanwege de media en nieuwe methoden van gegevensverwerking, onvoldoende gevonden. Art. 28 werd geherformuleerd en voorzien van een reeks begeleidende bepalingen (art. 28a-28l) die een uniforme procedure voorzien en het recht op antwoord regelen (*id.*, *FF* 1982, II, p. 662 *et seq.*). Sindsdien luidt art. 28: '(1) Celui qui subit une atteinte illicite

als *invers* ten aanzien van de zuivere derdenwerkingtheorie beschouwd; in de eerste plaats is het niet het publiekrecht dat zijn normen oplegt aan het privaatrecht maar *vice versa*. Aldus schreef A. Egger in relatie tot deze bepalingen reeds in 1930: 'Ein Gut, welches das Privatrecht als Persönlichkeitsrecht ausstattet, muß auch vom Staat respektiert werden. Neben die in der Verfassung niedergelegten treten so andere, ungeschriebene Freiheitsrechte'.[99] Opmerkelijk, en misschien wel typerend voor de derdenwerkinghausse in het algemeen, is dat in latere doctrine deze interpretatie steeds meer naar de achtergrond verschuift en de artikelen 27 & 28 ZGB gradueel geïncorporeerd werden binnen de derdenwerkingdogmatiek; de bepalingen verworden tot portaal bij uitstek voor de publiekrechtelijke grondrechten,[100] terwijl in vergetelheid vervalt dat ze hiervan eertijds zelf als inspiratiebron golden.[101]

Verder, en dat is een wetenschap die buiten Zwitserland onbekend blijkt, erkende het opperste Zwitserse gerechtshof reeds in *1878* een *directe*[102] derdenwerking. In een litigatie waar een man wegens religieuze onenigheid zijn echtgenote uit de echtelijke woning had verdreven oordeelde het *Bundesgerichtshof*:

> So wenig der Staat nach art. 49 der Bundesverfassung und art. 17 der thurgauischen Kantonsverfassung seinen Angehörigen ein bestimmtes religiöses Bekenntnis vorschreiben oder verbieten oder denselben wegen ihres Glaubens die Ausübung irgend welcher bürgerlicher Rechte ganz oder teilweise vorenthalten darf, so wenig steht dem Ehemanne das Recht zu, die religiöse Ueberzeugung seiner Ehefrau zu beherrschen und deren Glaubens- und Gewissensfreiheit Zwang anzuthun. Letztere ist vielmehr allen Staatsangehörigen ohne Unterschied des Geschlechtes als individuelles Recht verfassungsmäßig gewahrt. Nur über die religiöse Erziehung der

---

à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe (2) Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi' (Wet 16 december 1983, *RO* 1984, 778 782, in werking sinds 1 juli 1985).

99 A. Egger, Kommentar zum Personenrecht 2. A 1930 N 10 art. 28 ZGB, als aangehaald in Huber 1966, p. 202. Voor de volledigheid dient opgemerkt te worden dat Egger verder vervolgt: 'Und umgekehrt: Wenn das öffentliche Recht eine Freiheit gewährleistet, darf auch die entsprechende private Freiheit nicht illusorisch gemacht werden'.

100 O.a. Göksu 2002, p. 95 *et seq.*; Hangartner 1982, p. 52; Müller 1973, p. 818. Vgl. Huber 1963, p. 134; Tschannen 2007, p. 128.

101 De toonwissel is in aanzet reeds naspeurbaar bij Huber. Zo merkt deze auteur in 1955 nog op dat de privaatrechtelijke persoonlijkheidsrechten naar heersende mening niet gelden als 'Ausfluß und Anwendung der Grundrechte der Verfassung, als Ausdehnung dieser Grundrechte auf die Beziehungen unter den Privatpersonen auf dem Wege der Gesetzgebung' maar integendeel dat ze gelden als 'das unabhängige Gegenstück', waarna hij vervolgt dat de vraagstelling eerder omgekeerd is (Huber 1955, p. 174). In een bijdrage uit 1963 heet het daarentegen reeds dat men in de persoonlijkheidsbescherming van art. 27-28 ZGB 'eine Art Übertragung der Menschen- und Bürgerrechte auf das Privatrecht zu erblicken hat', 'ein Ausfluß, nicht bloß eine Parallele der Grundrechte' waarin men dus een 'bedeutsame Drittwirkung' kan aanschouwen (Huber 1963, p. 134).

102 Idem Karlen 1988, p. 276; Saladin 1982, p. 315; Zäch 1989, p. 3.

> kinder bis zum 16. Altersjahre, d.h. also bis zu deren Mündigheit, steht dem Inhaber der väterlichen oder vormundschastlichen Gewalt gemäß Art. 49 lemma 3 der Bundesverfassung das Verfügungsrecht zu; mündige Personen sind dagegen, was ihr religiöses Bekenntniß und dessen Ausübung betrifft, keiner Gewalt unterworfen, seien sie in verehelichtem oder unverehelichtem Stande.'[103]

Kortom, duidelijke sporen van derdenwerking in de jurisprudentie lang voorheen het leerstuk in de doctrine zelfs maar opwachting maakte.[104] Weliswaar bestaan suggesties deze uitspraak als een curiosum af te doen,[105] feit blijft dat de horizontale applicatie van grondrechten hier voorzeker niet terloops was noch ingegeven werd door noodzaak[106] en bijgevolg als een zeer *bewuste* keuze van het Hof behoort aangemerkt te worden.[107] Overigens wordt deze uitspraak binnen de rechtsleer nog steeds geciteerd als een der meest uitgelezen illustraties van derdenwerking.[108] Ook heeft het Hof er in deze context zelf nog aan gerefereerd.[109] Toch zou de Zwitserse rechtspraak, doctrinaire vurigheid ten spijt, zich nimmer massaal overgeven aan derdenwerkingrethoriek,[110] maar slechts het reguliere pad vervolgen alsdat privaatrecht reeds een volkomen uitdrukking biedt van de basale normen.[111] Zoals Aubert in relatie tot de rechtspraak van het *Bundesgericht* met een cynische ondertoon opmerkte: 'Les auteurs parlent constamment de la "Drittwirkung", mais tout se passe comme si le Tribunal fédéral ne les entendait guère'.[112] Pas vanaf eind jaren '80, in bijzonder vanaf het Stakingsarrest,[113] zou dit Hof zich meer

---

103 BGer 23 augustus 1878, (4) *BGE* 1878, 434.
104 *Cf*. Saladin 1982, p. 310-311 *et seq*.
105 Zoals Bucher 1987a, p. 41.
106 Bucher 1987a, p. 41 bestempelt het als een 'Verlegenheitsargument' (en oppert evenzeer dat het mogelijk ingegeven werd door de verzuchting van het Hof haar competentie in deze te gronden). Karlen 1988, p. 276, voetnoot 54 leest in diens argumenten dat art. 49 BV in feite slechts in het geding hoefde te treden mocht de vraag aan de orde geweest zijn of de echtgenote met haar wissel van religie een fout ten aanzien van haar huwelijksverplichtingen had begaan.
107 Zie evenwel suggestie Bucher (voetnoot 106) m.b.t. opportuniteitsoverwegingen aangaande competentie.
108 Bucher 1987a, p. 41 (kritisch); Hangartner 1982, p. 52; Kiener & Kälin 2007, p. 48; Karlen 1988, p. 276; Saladin 1982, p. 315; Zäch 1989, p. 3.
109 BGer 18 juni 1985, *BGE* 111 II, 245, rdnr. 23.
110 Häfelin & Haller 1984, p. (331-)332; Hangartner 1982, p. 51; Huber 1966, p. 201-204; Kaufmann 1978, p. 480; Saladin 1988, p. 381; Wildhaber 1971, p. 344. Zie tevens de Duitse Rensmann 2007, p. 174.
111 O.a. Favre 1973, p. 191 (geciteerd met onderkenning deels anachronistisch karakter).
112 Aubert 1979, p. 14.
113 BGer 18 juni 1985, *BGE* 111 II, 245 (zie in het bijzonder de kritische kommentaar van Bucher 1987b, p. 9-18). Uiteraard had het *Bundesgericht* zich ook voorheen reeds op dit terrein gewaagd (het Hof geeft een overzicht te p. 256), maar de betreffende rechtspraak had een minder uitdrukkelijk (soms zelfs afwijzend) karakter (zie voor deze jurisprudentie verder o.a. Bucher 1987a, p. 40-44 (kritisch); Zäch 1989, p. 2-7 (Secundair Besson 1999, p. 251, voetnoot 1247; Häfelin & Haller 1984, p. (331-)332; Tschannen 2007, p. 127 & 129)).

expliciet op het terrein van de derdenwerkingdoctrine bewegen, zonder dat dergelijke rechtspraak tot op heden evenwel betekenisvolle omvang aanneemt.

Samengevat is de Zwitserse attitude naartoe horizontale werking eerder bedaard te noemen, wat onder meer toe te schrijven valt aan het onvermogen in het leerstuk een werkelijk innovatieve kracht te onderkennen. Nochtans impliceert deze serene appreciatie geen lethargie. Integendeel, ook heden toont het Zwitserse rechtsstelsel zich in haar beheersing toch progressief. Zo zou de Confederatie middels de hernieuwde Constitutie van 1999 haar organen[114] expliciet verordenen erover te waken dat grondrechten ook in verhoudingen tussen privaten gelding verkrijgen.[115] Hiermee neemt de Zwitserse grondwet niet enkel een unieke positie in als (een der) enige met een (min of meer uitdrukkelijk) voorschrift tot horizontale werking welk niet uitgelokt werd door een verlangen een breuklijn met een onbevredigend verleden te benadrukken,[116] maar tevens betreft het hier een consolidatie van decennialange voorbereiding[117] evenals een inschrijving van de *Bundesverfassung* in een tendens die reeds door verscheidene *Landesverfassungen* was uitgezet.[118]

---

114 De grondwet zelf spreekt van autoriteiten (*Behörden*, *autorités*). De toelichting verduidelijkt enkel dat hiermee zowel gedoeld wordt op de wetgevende autoriteiten als de 'autorités d'application du droit' ('Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996', *FF* 1996, p. 195).

115 Art. 35 (3). Zie in detail § 3.2.

116 Zoals bijvoorbeeld de Spaanse, Portugese en Zuid-Afrikaanse Constituties (zie *infra*).

117 Horizontale werking was reeds in het oorspronkelijke ontwerp uit 1977 ((104) *AöR* 1979, p. 475 *et seq.*; zie *in globo* o.a. Eichenberger 1980, p. 477-553 (met een overvloed aan verdere verwijzingen in voetnoot 2); Saladin 1979, p. 345-388) ingeschreven: '(1) Gesetzgebung und Rechtsprechung sorgen dafür, dass die Grundrechte sinngemäß auch unter Privaten wirksam werden. (2) Wer Grundrechte ausübt, hat die Grundrechte anderer zu achten. Vor allem darf niemand Grundrechte durch Mißbrauch seiner Machtstellung beeinträchtigen' (art. 25 VE (zie o.a. Aepli 1980, p. 27 *et seq.*; Secundair Müller 1978, p. 270; Saladin 1979, p. 356)). Overigens schijnt deze blauwdruk ook van invloed geweest te zijn op de derdenwerkingbepalingen in de Constituties van Aargau, Solothurn en Thurgau (zie voetnoot 118), althans wordt in de bijbehorende toelichtingen op een zekere overlapping gewezen (zie respectievelijk *BBl.* 1981, II, p. 254; *BBl.* 1987, II, p. 648-649; *BBl* 1989, III, p. 880).

118 Zo stelt de Constitutie van het kanton Aargau met betrekking tot grondrechten dat 'Soweit sie ihrem Wesen nach dazu geeignet sind, verpflichten sie Privatpersonen untereinander' (art. 7 (2); zie terzake 'Botschaft über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Aargau vom 15. April 1981', *BBl.* 1981, II, p. 254). In vergelijkbare bewoordingen vindt het principe ook neerslag in de Constitutie van het kanton Solothurn alwaar het in art. 20 (3) heet dat 'Soweit sie ihrem Wesen nach dazu geeignet sind, verpflichten Grundrechte Privatpersonen untereinander' (zie terzake 'Botschaft über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Solothurn vom 16. März 1987', *BBl.* 1987, II, p. 648-649; vermeldenswaardig is tevens (2) van ditzelfde artikel: 'Wer Grundrechte ausübt, muss die Grundrechte anderer beachten'). In het kanton Thurgau stelt § 9 Constitutie: 'Die Grundrechte gelten sinngemäss auch unter Privaten' (zie terzake 'Botschaft über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Thurgau vom 23. August 1989', *BBl* 1989, III, p. 880). De toelichtingen bij deze bepalingen bevestigen expliciet dat deze voorschriften aanzien dienen te worden als een bekrachtiging van de *Drittwirkung*-theorie. Recentelijk heeft ook het kanton Ticino nog een uitdrukkelijk op de theorie van horizontale werking gericht (*cf.* 'Messaggio concernente il conferimento della garanzia federale alla costituzione del Cantone del Ticino del

2.2.4 Nederland

In Nederland werd mogelijke gelding van grondrechten in particuliere verhoudingen opvallend vroeg aangekaart. Een enkel antecedent, door Biesheuvel uit de vergetelheid gehaald[119] (maar hierin sindsdien terug vervallen) reikt zelfs tot het jaar 1900 en vormt aldus (evenzeer) een uitzonderlijk, *quasi* anachronistisch gegeven in de derdenwerkinghistoriek. Aanleiding was de toenmalig heersende tendens werknemers niet in dienst te nemen of integendeel zelfs te ontslaan wegens lidmaatschap van een vakvereniging. De Nederlandse overheid had in deze verkozen niet te interveniëren, zich hierbij beroepende op de contractsvrijheid van de werkgever en de irrelevantie van art. 9 Grondwet (vrijheid van vereniging) hetwelk enkel verticale gelding toekomen zou.[120] In het *Weekblad van het Regt* werd deze argumentatie door de Amsterdamse advocaat J.A. Levy op de korrel genomen. Bij conflict behoort, aldus deze auteur, niet het grondwettelijk 'subjectief' recht terug te treden doch wel de contractsvrijheid die op dit vlak 'exact en precies' door de grondwet wordt

16 settembre 1998', *Foglio Federale* 1998, IV, p. 4367 & 4372) voorschrift in de Constitutie ingeschreven: 'Ognuno è tenuto [...] a rispettare i diritti degli altri' (art. 12). Op basis van een louter terminologische benadering kan verder ook gerefereerd worden aan de Constitutie van het kanton Basel-Landschaft stellende in § 14 dat '(2) Wer Grundrechte ausübt, hat die Grundrechte anderer zu achten. (3) Niemand darf Grundrechte durch Missbrauch seiner Machtstellung beeinträchtigen'. Enige terughoudendheid is hierbij echter gepast aangezien de desbetreffende toelichting ('Botschaft über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 2l. August 1985', *BBl.* 1985, II, p. 1157-1201) met geen enkel woord over het leerstuk rept en het bijgevolg van een onterechte *Hineininterpretierung* zou getuigen hieraan dergelijke draagwijdte toe te kennen (merk evenwel op dat een gelijkluidende bepaling in het nationale grondwetsontwerp van 1977 (zie voetnoot 117) *wel* met dergelijke derdenwerkingconnotatie geïnterpreteerd werd (o.a. Eichenberger 1980, p. 529; Kaufmann 1978, p. 482) doch dat dit anderzijds geen definitieve conclusie toelaat daar de Basel-Landschaft bepaling de duidelijke derdenwerkingindicatie in art. 25 (1) VE ontbeert). In diezelfde optiek past ook de verwijzing van Saladin 1987, p. 378 naar art. 14 van de Constitutie van het kanton Jura ('Effets des droits fondamentaux') waar het lid twee heet: 'Chacun exerce ses droits fondamentaux en respectant ceux d'autrui'. Ook hier bevat de officiële toelichting ('Message concernant la garantie de la constitution du futur canton du Jura du 20 avril 1977', *FF* 1977, II, p. 259-309) geen indicatie alsdat werkelijk zuivere horizontale werking verordend wordt. Eenzelfde conclusie gaat overigens op voor de gelijkaardige bepalingen in de Constituties van de kantons Glaris (art 2.2 'Chacun est tenu de respecter les droits d'autrui lorsqu'il exerce ses droits fondamentaux') en Bâle-Champagne (§ 14.2 'Celui qui exerce ses droits fondamentaux doit respecter les droits fondamentaux d'autrui') (zie respectievelijk *FF* 1989, III, p. 706-749 & *FF* 1985, II, p. 1173-1235). Merk evenwel op dat de betekenis van deze bepalingen gerelativeerd dient te worden in die zin dat eenvoudig *Bundesrecht* over de kantonale Constituties primeert (Castramal 1996, p. 38).

119 Biesheuvel 1981, p. 148-152 en Biesheuvel 1986, p. 41.

120 'Staatsbegrooting voor het dienstjaar 1901. Hoofdstuk IV (Justitie). Memorie van antwoord', *W.* 1900, nr. 7512, p. 2 ('Dit Grondwetsartikel toch, hetwelk zijn ontstaan heeft te danken aan de overtuiging, dat het recht tot vereeniging beschermd dient te worden tegen willekeur des wetgevers, heeft allerminst de strekking om de vrijheid van handelen der individuen te beperken of te ontnemen').

beperkt.[121] Het was een standpunt dat naar toenmalige maatstaven al te voortvarend bleek. Kritiek kwam van A.P.T. Eyssell, eertijds raadsheer in de Hoge Raad, die, onder meer vanuit historisch perspectief, de premisse dat het grondrecht meer dan een loutere bescherming ten aanzien van de wetgever zou inhouden hekelde en Levy venijnig tot 'nadere lering […] streng wetenschappelijk en objectief' aanspoorde.[122] Gevolg was een kortstondige polemiek over horizontale werking en contractsvrijheid, die evenwel al snel in mineur eindigde.[123] Dit onbevredigend slot en het episodisch karakter van de discussie doen echter niet af aan de signaalwaarde ervan in de historiek van horizontale werking; hoewel meestal als een volkomen modern leerstuk voorgesteld, kan met Biesheuvel[124] opgemerkt worden dat in voornoemd debat reeds alle belangrijke elementen zoals ze nadien in de *Drittwirkung*-doctrine zouden worden opgeworpen (o.a. de afrekening met de beweerd historisch geïnspireerde exclusieve verticale werking van grondrechten, bedreiging van grondrechten door private machtsentiteiten, interferentie met contractsvrijheid) werden beroerd. Uitvergroot mag deze episode uiteraard niet worden.[125] Incidentele polemieken vermogen ook heden in de regel geen algemeen bewustzijn op te wekken en dergelijke werking aan gedateerde oprispingen toeschrijven zou helemaal van onbesef getuigen.

Aanvang jaren '60 (de introductie van het EVRM was daaraan niet vreemd)[126] werd de exclusief verticale gelding van grondrechten pas werkelijk in vraag gesteld. Zo stelt Cluysenaer in 1961 dat het aan twijfel onderhevig is of de beperking der grondrechten in deze zin, dat ze uitsluitend tegen de overheid gericht zijn, 'nog juist is in onze tijd'.[127] Ook Röling acht in datzelfde jaar best mogelijk dat grondrechten 'de vrijheidssfeer van de enkeling afbake-

121 Levy 1900a, p. 4.

122 Eyssell 1900a, p. 4.

123 Wederwoord volgde snel: in een analyse vanaf 1789 (waarbij onder meer de Bataafse grondrechten van 1789, de grondwetsherziening van 1948 en in het bijzonder de commentaar van Thorbecke, de revue passeerden) tot 1900 tracht Levy de intrinsiek horizontale werking van het recht op vereniging en, meer in het algemeen, persoonlijke grondrechten diets te maken en te contrasteren met de slechts relatieve kracht van contractsvrijheid ('Hier is toch de grens tusschen contractvrijheid en lijfeigenschap') (Levy 1900b, p. 4). Eyssell kon niet overtuigd worden en greep het ietwat ongenuanceerde karakter van Levy's uitlatingen aan om ze te ridiculiseren bij overdrijving, om zich daarna ook uit het debat terug te trekken (Eyssell 1900b, p. 3-4). Uiteindelijk zou Levy de pennenstrijd geluwd en eerder eenzijdig verder zetten t.a.v. de redactie van het weekblad (Levy 1901a, p. 4; Levy 1901b, p. 4; Levy 1901c, p. 4).

124 Biesheuvel 1981, p. 152.

125 Zie in ondergeschikte orde tevens het 'debat' tussen Struycken 1928, p. 167-168 en Kranenburg 1947, p. 428-429 ('de rechter heeft juist op grond van artikel 14 A.B. die contracten onverbindend te verklaren waardoor de door de Grondwet erkende individuele vrijheidsrechten zouden worden aangetast') m.b.t. contractuele afstand van grondrechten (zie terzake o.a Biesheuvel 1981, p. 153-155; Burkens 1989, p. 167).

126 Vgl. Maris 1969, p. 20.

127 Cluysenaer 1961, p. 237.

nen zonder aanzien des persoons' en 'zij dus het respect voor de vrijheid eisen niet alleen van de overheid'.[128] Gedecideerder klinkt het in 1962 bij van der Hoeven alwaar de beperking van de gelding van grondrechten tot de relatie overheid–burger als niet (meer) gerechtvaardigd wordt bestempeld.[129] Gelijkaardige overtuigingen, specifiek in de context van het EVRM, weerklinken bij Tammes, onder meer in diens preadvies aan de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht uit 1960.[130] Kortom, een plots sterk opkomende belangstelling.[131] In 1965 bestempelde Van Emde Boas de kwestie of grondrechten eveneens een rol spelen in verhoudingen tussen particulieren zelfs reeds als 'een bekende strijdvraag', zij het dat deze door de toenmalige meerderheid der staatsrechtskundigen nog ontkennend werd beantwoord.[132]

Al deze pennen vermochten echter nog steeds niet het brede juridische publiek bereiken. Daar kwam verandering in toen de Nederlandse Juristenvereniging de vraag of 'de wet bijzondere regelen [behoort] te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van de grondrechten' tot haar studieonderwerp van 1969 bestempelde.[133] Middels de rapporten van de preadviseurs Maris[134] en Polak[135] werd op ruim(er)e schaal van het leerstuk kennis genomen en, net zoals in Oostenrijk,[136] zouden deze adviezen (in bijzonder dit van Maris hetwelk middels een extensieve analyse de Duitse dogmatiek (inclusief het onderscheid tussen directe en indirecte werking) in de Nederlandse doctrine introduceerde) de basis leggen voor verdere theorievorming.[137]

Een tweede golf van belangstelling werd veroorzaakt door het aanloopdebat tot de grondwetsherziening van 1983.[138] Achteraf beschouwd mag dit verbazen want het leerstuk had hierin onder een allerminst gunstig gesternte haar opwachting gemaakt: in de verkennende *Proeve van een nieuwe grondwet* (1966) werd het in lapidaire bewoordingen afgevoerd.[139] Ook de *Staatscommissie*

128 Röling 1961, p. 581.
129 Van der Hoeven 1962, p. 23. Vgl. tevens Van der Hoeven 1958, p. 172-173 & 196-197.
130 Tammes 1960, 29-32. Tevens Tammes 1962, p. 164 (*et seq.*).
131 Zie verder o.a. Boukema 1966, p. 23-27, p. 140-143, p. 243 *et seq.* (respectievelijk met betrekking tot de Duitse doctrine, de Nederlandse situatie en de strekking van internationale instrumenten (specifiek het EVRM) in het bijzonder ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting); Van Wijnbergen 1961, p. 196. Zie tevens Pompe 1960, p. 714 (alwaar gewezen wordt op feit dat 'de gevaren voor realisering der drukpersvrijheid behoeven niet alleen van de overheid te komen').
132 Van Emde Boas 1965, p. 66.
133 Tevens Burkens 1989, p. 168; Drion 1969, p. 594.
134 Maris 1969.
135 Polak 1969.
136 *Cf.* § 2.2.3.
137 Overigens ook over de grens heen, zie voetnoot 182.
138 De Graaf & De Haas 1984, p. 1353.
139 *Proeve van een nieuwe grondwet*, 's-Gravenhage 1966, p. 56. Wel werd hierbij opgemerkt dat grondrechten een zekere 'reflexwerking' zouden kunnen hebben, m.n. 'een aanzet zijn tot het bieden van een verdergaande bescherming van de burger tegen anderen dan de overheid door middel van wettelijke strafbepalingen'.

Cals-Donner schaarde zich in 1969 achter dergelijke opvatting, maar achtte een iets extensievere en meer genuanceerde toelichting raadzaam,[140] welk een aarzelende aanzet tot mentaliteitswijziging doet vermoeden. Deze kwam er effectief in de tweede helft jaren '70, toen de regering, voorheen ook weinig gecharmeerd door horizontale werking,[141] zich geïnspireerd wist door de visie van Boesjes, toenmalig medewerker op de Stafafdeling Grondwetszaken van het Ministerie van Binnenlandse Zaken.[142] Deze had, in een heilzame verlossing van de toenmalig prevalerende 'alles of niets'-benadering,[143] een soort van 'glijdende schaal' voorgesteld, opgebouwd uit vijf niveaus, gaande van grondrechten als 'opdracht aan de wetgever of de overheid om een nader geformuleerd belang of beginsel ook in particuliere verhoudingen te verwezenlijken' tot grondrechten die 'zich dwingend aan de rechter [opleggen] en slechts die afwijkingen [toestaan] welke tot een grondwettelijke beperkingsclausule herleidbaar zijn'.[144] Met name appelleerde deze schaal daar ze – naar eigen zeggen[145] – ontstond uit een analyse van de bestaande Nederlandse rechtspraak en aldus de toenmalig overheersende negatieve *theoretische* focus sterk aan autoriteit deed inboeten. In een bijpassende pragmatische benadering werd ze door de overheid letterlijk en zonder significante toelichting in de parlementaire stukken overgenomen.[146] In het ongewisse bleef wanneer en op welke

140 Ingeroepen werd de zogenaamd historisch exclusieve verticale inrichting van de grondrechten en vrees voor een 'gouvernement des juges'. Wel werd terecht gesteld dat grondrechten een expressie zijn van fundamentele waarden die aan het recht zelf inherent zijn en welke zich dus ook in het privaatrecht en private relaties manifesteren; bijgevolg staat het de rechter vrij zich bij de interpretatie van open normen als het begrip 'goede zeden' te richten naar deze fundamentele waarden *ergo* de algemene beginselen die onder meer in de grondrechten begraven liggen via deze op te speuren (*cf.* Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de grondwet en de Kieswet, Den Haag: Staatsuitgeverij 1969, p. 42-43). Overigens werd de argumentatie niet door alle leden gedeeld, in een minderheidsnota verwierp D.H.M. Meuwissen het historische argument als niet beslissend en vicieus (de commissie wordt zelf geacht aan de historiek bij te dragen) en de vrees voor rechtspolitieke macht in handen van de rechterlijke macht als onvermijdelijke realiteit van eendere keuze op het abstracte beleidsniveau waarin de grondwetgever speelt (*idem*, p. 102-108); deze minderheidsnota zou als aanzet tot nadien meer welwillende houding der grondwetgever fungeren (Alkema 1995a, p. 24 verwijzende naar MvT 15-16).

141 Brief Minister Binnenlandse Zaken betreffende het beleid inzake grondwet en kieswet , *Bijl. Hand.* II 1969-70, 9187, nr. 13, 2b) (tevens opgenomen in Ministerie van Binnenlandse Zaken, *Naar een nieuwe grondwet?*, VI, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1973, p. 63-64). Zie tevens *Kamerstukken II* 1970/71, 11051, nr. 3, p. 8/9.

142 Biesheuvel 1977, p. 15. Zie tevens Akkermans 1985, p. 277, voetnoot 13.

143 Vgl. *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 3, p. 15; *Kamerstukken II* 1976/77, nr. 13872, nr. 7, p. 10.

144 Boesjes 1973, p. 911.

145 *Cf.* Boesjes 1973, p. 911-912.

146 *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 3, p. 15-16. Vermoedelijk heeft Boesjes de desbetreffende passage in de MvT zelf opgesteld, aldus Biesheuvel 1977, p. 15. De inclusie van het vijfde niveau wekte enig wantrouwen aangezien het werd beschouwd als een poging directe werking te bevoordeligen; de latere verklaring van de wetgever dat hiermee enkel beoogd

wijze de rechtspraak horizontale werking aan grondrechten behoorde toe te kennen;[147] integendeel werd gesteld dat deze appreciatie tot de taak van de rechterlijke macht zelf behoorde.[148] Aldus werd een signaal gegeven dat horizontale werking wel op instemming rekenen kon, maar werd ook duidelijk dat de overheid trachtte de vingers niet aan het heikele leerstuk te branden.[149] Het was een halfhartige houding die zowel door de Raad van State[150] als bepaalde parlementaire fracties,[151] maar in het bijzonder in de doctrine, welke de vaagheid, het gebrek aan transparantie en houvast satiriseerde[152] (bij Donner heette het zelfs dat hier een 'constitutionele slaapwandelaar' aan het woord was geweest),[153] werd bekritiseerd.

Op de Nederlandse rechtspraak lijkt dit debat alvast weinig concreet effect te hebben gehad.[154] Eerder heeft deze een autonome ontwikkeling doorgemaakt. Niet enkel duikt de glijdende schaal nergens op,[155] maar ook heeft de Nederlandse rechter niet op toestemming van de grondwetgever gewacht om grondrechten horizontale werking te verlenen.

---

werd geen vorm van horizontale werking uit te sluiten vermocht niet allen te overtuigen (zie o.a.Verhey 1992a, p. 145).

147 Het heette ondermeer dat aldus 'derdenwerking van zijn dogmatisch karakter wordt ontdaan' (*Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 3, p. 15/16. Zie o.a. Burkens 1976, p. 707.

148 *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 6, p. 12; *Kamerstukken I* 1976/77, 13872, 13873, nr. 55, p. (16-) 18.

149 Vgl. Van der Pot & Donner 1995, p. 222; Akkermans & Koekkoek 1992, p. 22.

150 *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 4, p. 57-58 en 61.

151 Zie in bijzonder Kortmann 1987, p. 45-46.

152 De Graaf & De Haas 1984, p. 1353 ('onduidelijker kan het haast niet'); De Jonge 1997, p. 16 ('een standpunt dat niet uitblonk door helderheid'); Kortmann 1987, p. 48 ('De regering stelde in feite: wetgever en rechter, U zoekt het maar uit'; '[…] vormt geen schoolvoorbeeld van helderheid in de grondwetgeving'); Van der Burg 1982, p. 64-65. Zie tevens Akkermans 1985, p. 277; Alkema 1995a, p. 29 ('geen klare wijn'); Donner 1976, p. 396-397; Biesheuvel 1977, p. 16 ('Nu de regering […] met een enkele verwijzing naar grondwetsinterpretatie meent te kunnen volstaan, kan aan haar […] voorstel slechts een symbolische betekenis worden toegekend'); Van der Heijden 1988, p. 12 en in ondergeschikte zin Gerards 2002, p. 533. Vgl. Burkens 1976, p. 707-708 (alwaar de aldus bekomen 'neutralisatie' van het vraagstuk bestempeld wordt als 'lijk[ende] wel verstandig beleid', doch anderzijds gevreesd wordt voor jurisprudentiële verstarring en aantasting van het primaat van de wetgever; beter zou zijn 'vingerwijzingen naar horizontale werking van grondrechten achterwege te laten c.q. terug te nemen').

153 Van der Pot & Donner 1995, p. 222.

154 Vgl. Akkermans 1987, p. 27; Kortmann 1989, p. 236; Verhey 1992a, p. 187. Anders Verhey 2005, p. 139 ('although the courts did perhaps experience the 1983 constitutional reform as a strong incentive to further develop the horizontal effect of fundamental rights') en soortgelijk De Boer 1993, p. 179 ('de grondwetsgeschiedenis zonder veel twijfel betekenis gehad, ook wat betreft de horizontale werking, doordat ten minste de rechter moed is ingesproken').

155 Idem Gerbranda & Kroes 1993, p. 123 (zie evenwel voetnoot 41 aldaar) & 156; Heringa 1990b, p. 71; Mak 2008, p. 56; Verhey 1992a, p. 187; Verhey 2005, p. 139 (zie tevens Groen 1995, p. 144 met een gelijkaardige conclusie in het kader van de voorbereiding Algemene wet gelijke behandeling).

Een aanzienlijk deel van de Nederlandse doctrine gaat zelfs zo ver de stamboom van deze rechtspraak terug te voeren tot 1948, evenwel ten onrechte. In dit jaar had het Hof van Arnhem, net als de rechtbank ervoor,[156] weliswaar een contractsclausule nietig verklaard aangezien ze de vrijheid van religie in gevaar bracht,[157] doch nergens wordt daarbij naar een grondrecht verwezen. De rechtbank en het Hof beriepen zich slechts op een onbepaalde 'godsdienstige gewetensvrijheid' respectievelijk 'geloofs- en gewetensvrijheid' welke deze instanties ook zonder een toevlucht tot het publiekrecht als een in het privaatrecht te beschermen belang aanmerken. Van horizontale werking jurisprudentie is in deze bijgevolg geen sprake.[158] Opgemerkt kan trouwens worden dat datzelfde Hof in een gelijkaardige casus tien jaar later zelfs een verwijzing naar deze vrijheid niet meer noodzakelijk acht en niettemin tot een gelijkaardige conclusie komt.[159] De uitspraak lijkt mij anderzijds wel betekenisvol om twee andere redenen. In de eerste plaats om de huidige doctrinaire voortvluchtigheid te duiden, welke alle rechtspraak waarin aan fundamentele waarden wordt gerefereerd overhaast onder de bannier van horizontale werking schaart. In tweede instantie, en dat is veel significanter, omdat de redactie van de *NJ wel*, schijnbaar zonder dogmatische scrupules, de link tussen deze toepassing van privaatrechtelijke bepalingen en de grondwet heeft gelegd. In de *abstract* wordt immers rechtaan naar toenmalig art. 174 (godsdienstvrijheid) verwezen. Deze conclusies schijnen misschien contradictoir, maar dat zijn ze juist *niet*. De redactie van de *NJ* was met de leer van horizontale werking immers, naar mag worden aangenomen, onbekend, deze zou pas *decennia* later in de Nederlandse jurisprudentie en doctrine geïntroduceerd worden. Meer nog, het leerstuk, als algemeen geldend principe, kende op dit ogenblik zelfs pas in Duitsland een aarzelende aanzet en was dus allerminst een exportproduct. Zelfs indien de *NJ*-redactie van dit debat kennis zou hebben genomen zou deze niet zonder meer een dergelijke, naar huidige maatstaven diepgravende, conclusie hebben vooropgesteld, althans niet in een *abstract* en zonder

156 Ktr. Eindhoven (pachtkamer) 3 juni 1947, ongepubliceerd.

157 Hof Arnhem 25 oktober 1948, *NJ* 1949, 331 (De zaak betrof een pachtcontract waarbij de pachtgever een organisatie was die tot doel had het protestantisme te ondersteunen. In het contract was gestipuleerd dat de pachter diende mee te werken aan de doelstellingen van deze organisatie, op straffe van ontbinding van het contract. De pachter kon hieraan niet voldoen aangezien hij een getuige van Jehova werd. Bijgevolg vorderde de organisatie ontbinding van het contract. De pachter voerde aan dat voormelde stipulatie strijdig was met de wet, of op zijn minst met de goede zeden, en in ieder geval nietig).

158 De Graaf & De Haas 1984, p. 1354; De Vos 2005, p. 290, voetnoot 6; Koekkoek 1985, p. 408 ('Niet het rechtsbeginsel zoals vervat in artikel 181 Grondwet (oud), maar het in privaatrechtelijke begrippen opgenomen rechtsbeginsel beschermde de pachter'); Maris 1969, p. 42; Van der Pot & Donner 1995, p. 221-222, voetnoot 54 ('Hier werken óók in de grondwet verankerde persoonlijkheidsrechten in het privaatrecht door via reeds lang bekende begrippen'). Vgl. tevens Verhey 1992a, p. 184 die meer op de oppervlakte blijft ('Of hier gedoeld wordt op het grondrecht blijft onduidelijk'). Contra o.a. Simons 1978, p. 454.

159 Hof Arnhem (pachtkamer) 15 november 1958, *NJ* 1959, 472.

nadere toelichting. Wat hier plaats nam was een evidente associatie die uitging van inherent aan het rechtsysteem gedeelde grondwaarden en welke niet gehinderd werd door de artificieel opgerekte divisie die latere doctrine tussen publiek- en privaatrecht tracht te suggereren. Samengevat een onbewuste boodschap aan de huidige doctrine zich niet al te zeer te laten verleiden tot hoogdravende beschouwingen omtrent de 'noodzaak' of 'verfrissende' impact van grondrechten op het Nederlandse privaatrecht.

Terugkerend naar jurisprudentie die werkelijk grondrechten in haar beschouwing hanteert kan worden gesteld dat ze een aarzelende aanzet kende vanaf de jaren '60[160] en '70.[161] Zo merkte Biesheuvel reeds in 1981 op dat 'thans een anachronisme [is] geworden de vraag aan de orde te stellen, of grondrechten horizontale werking kunnen hebben'.[162] Dat is te relativeren, aangezien ook nadien occasioneel geweigerd werd aan grondrechten *sensu stricto* gevolg te geven. Meer dan werkelijk uitdovende verzetshaarden kunnen hierin echter niet gezien worden.

2.2.5 Portugal en Spanje

Vanaf eind jaren '70 zou de theorie Portugal en Spanje veroveren. De omstandigheden herinneren sterk aan de Duitse en Italiaanse historiek. Het einde van de *Estado Novo* in Portugal en het regime van Franco in Spanje vorderde

160 Ktr. Haarlem 20 juli 1962, *NJ* 1963, 101 (Non-concurrentiebeding zich vijf jaar van educatieve activiteiten te onthouden niet strijdig met art. 208 Gw.); Hof Amsterdam 11 april 1963, *NJ* 1964, 25 (Contractuele verplichting exclusief aan erkende boekhandelaars te leveren en controle van administratie toe te staan niet strijdig met art. 4 EVRM (dwangarbeid), art 7 Gw. & [10] EVRM (meningsuiting)); Pres. Rb 's-Gravenhage 23 oktober 1967 (weergave in HR 18 juni 1971, *NJ* 1971, 407) (Verbod bij leerovereenkomst opgelegd om geen Mensendieck-oefeningen aan het publiek te verschaffen indien cursus niet met vrucht beëindigd niet in strijd met Grondwet; art. 208 Gw. staat niet in de weg aan een overeenkomst onder bepaalde omstandigheden van dit recht geen gebruik te maken); Hof 's-Gravenhage 31 oktober 1968 (weergave in HR 18 juni 1971, *NJ* 1971, 407) (*Idem* Mensendieck; wel strijd met art. 208 Gw. en bijgevolg nietig wegens strijd met openbare orde en goede zeden). Zie anderzijds Hof 's-Gravenhage 23 november 1960, *NJ* 1961, 501 (Grondrechten hebben naar aard en historiek slechts verticale werking).

161 Arr.-Rb. Zwolle 19 februari 1975, *NJ* 1976, 266 (zie § 4.3); Hof Amsterdam 16 december 1976, *NJ* 1977, 86 (Persoon zonder afdoende bewijs door tijdschrift geïdentificeerd als KGB-spion; noch het door de rechter in kortgeding opgelegde bevel tot rectificatie, noch verbod tot reïteratie (mits gereformuleerd) is in strijd met vrijheid van pers of meningsuiting (art. 7 Gw & 10 EVRM)). Zie tevens Hof Arnhem 9 juli 1974, *NJ* 1975, 359 (Stalking van partner en kinderen tijdens echtscheidingsprocedure; beroep op art. 10 EVRM faalt 'afgezien […] dat betwijfeld moet worden of het in dat artikel omschreven grondrecht van vrijheid van meningsuiting zonder meer gelding heeft binnen privaatrechtelijke verhoudingen' en deze bepaling niet de vrijheid verleent anderen op hinderlijke wijze en tegen hun wil een mening op te dringen).

162 Biesheuvel 1981, p. 217. Vgl. tevens o.a. Heringa & Zwart 1985, p. 639 ('In de rechtspraak is die doorwerking al ruimschoots terug te vinden').

een afrekening met het democratische en constitutionele deficit van dit fascistische verleden.[163] In beide landen resulteerde dit onder meer in de introductie van een constitutioneel hof evenals grondrechtencatalogi die tot de meest extensieve van het Europese vasteland behoren.[164] De erkenning van derdenwerking leek hierbij in het natuurlijke verlengde te liggen. In Portugal werd, onder meer in het besef van de *Lüth*-rechtspraak,[165] een zekere *aanzet* tot derdenwerking zelfs expliciet in de grondwet ingeschreven: 'Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas' (art. 18).[166] Of deze bepaling evenwel ook daadwerkelijk tot zuivere horizontale werking verbindt is alsnog omstreden;[167] niettemin wordt het leerstuk zelf nauwelijks in vraag gesteld.[168] In de Spaanse constitutie is het vergeefs zoeken naar een equivalente bepaling,[169] hoewel een aanknopingspunt lijkt te kunnen worden

163 De Preambule van de Portugese Grondwet is in dit opzicht bijzonder expliciet. Het heet aldaar onder meer dat de revolutie, als sluitstuk van langdurig verzet en overeenkomstig de diepste verzuchtingen van het volk, Portugal bevrijd heeft van dictatuur, onderdrukking en kolonialisme evenals de bevolking diens fundamentele rechten en vrijheden heeft gerestitueerd (en aldus de redactie van een grondwet die beantwoordt aan de aspiraties van het land heeft mogelijk gemaakt). Zie tevens Alzaga Villaamil 1978, p. 150 waar de uitgebreide Spaanse grondrechtencatalogus wordt getypeerd als ingegeven door een 'constitutioneel revanchisme'.

164 In Spanje overspant hoofdstuk 2 (art. 10-38) de meer klassieke grondrechten (waarbij evenwel geduid dient te worden op de ruime invulling die hieraan incidenteel toegekend wordt, zo lijkt bijvoorbeeld art. 30.1 waarin burgers het recht (en de plicht) toegekend wordt het land te verdedigen een nogal gratuite garantie) terwijl hoofdstuk 3 (art. 39-52) beschouwd kan worden als een catalogus van de economische en sociale grondrechten. De Portugese Constitutie is nog imposanter: de titel *direitos e deveres fundamentais* bestrijkt de art. 12-79 (op een actueel totaal van 296). Hieronder ressorteren echter ook de meer procedurele bepalingen m.b.t. grondrechten (zie o.a. art. 14-23 aangaande schorsing wegens noodtoestand, ombudsman *etc.*), maar dat laat onverlet dat de catalogus een zeer ruime dekking biedt, daaronder ook begrepen meer moderne grondrechten zoals consumentenrechten (art. 60) en het recht op gezonde leefomgeving (art. 66), zelfs gaande tot meer excentrieke varianten zoals een grondrecht op lichamelijke opvoeding en sport (art. 79 (vgl. overigens art. 43.2 Spaanse Constitutie)).

165 Gonçalves 2004, p. 79 & 91.

166 'De constitutionele bepalingen met betrekking tot rechten, vrijheden en garanties zijn rechtstreeks toepasbaar en bindend ten aanzien van publieke en private entiteiten'. Zie in detail *infra* § 3.2. Merk trouwens op dat *direitos, liberdades e garantias* geen generieke maar een specifieke verwijzing is naar een aldus getiteld *deel* van de Portugese grondrechtencatalogus, namelijk naar Sectie II (art. 24-54). Dit impliceert dat art. 18 geen gelding heeft ten aanzien van bijvoorbeeld het gros der economische, sociale en culturele rechten daar deze geïncorporeerd werden in Sectie III.

167 Zie § 3.2.

168 Vgl. anderzijds kritisch hoofdstuk 3, voetnoot 206.

169 Zie tevens Bon 1991b, p. 43 waar gesteld wordt dat de Spaanse Constitutie weliswaar geen bepaling bevat die op algemene wijze grondrechten toepasbaar verklaart binnen private relaties, maar dat anderzijds sommige constitutionele bepalingen inhoudsloos zijn zo men dergelijk effect niet erkent (o.a. art. 26 m.b.t. het verbod op 'ererechtbanken' binnen professionele organisaties en art. 28.1 m.b.t tot syndicale vrijheid). Het gaat echter te ver hieruit

gevonden in art. 9.1 (waarin gesteld wordt dat burgers gebonden zijn door de Constitutie)[170] en 10.1 (aangaande menselijke waardigheid en respect voor de rechten der anderen *etc.*).[171] De Spaanse juridische wereld lijkt hier evenwel ook geen nood aan te hebben: derdenwerking – of althans constitutionalisering – werd in het enthousiasme voor het nieuwe juridische regime als een zekere evidentie aangenomen.[172] Het is zelfs treffend hoe weinig aan art. 9 en 10 gerefereerd wordt om deze derdenwerking theoretisch te onderbouwen,[173] terwijl ook geen andere dragende normen naar voor worden geschoven. Kortom, in beide landen weerklinkt een zekere vanzelfsprekendheid (de gebruikelijke dissonanten uitgezonderd) uit horizontale werking maar tegelijk ook (en daarmee zelfs intrinsiek verbonden) een revolutionair karakter. Opvallend is niet enkel de analogie met de ontwikkelingen zoals deze zich hebben voorgedaan in Duitsland en Italië, maar ook de sterke invloed die van deze laatste landen is uitgegaan. Voornamelijk de Duitse doctrine (in Spanje naast referenties aan de Italiaanse doctrine en de jurisprudentie van het Argentijnse Hooggerechtshof[174])[175] betoonde zich een beslissende bron van inspiratie.[176] De Spaanse *Letrado del Estado* García Torres gewaagt in dit opzicht zelfs van een eerder slaafse navolging.[177] De invloed – dan wel niet het slaafse karakter – valt overigens ook af te leiden

---

een algemene erkenning tot derdenwerking af te leiden, zoals Bon wel lijkt te suggereren. Immers, ook de Constitutie van de Weimar republiek bezat in enkele artikelen (een zelfs expliciete) derdenwerking (zie § 2.2.1), maar weinigen zullen durven gewagen dat hiermee derdenwerking algemeen werd erkend.

170 'Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.'

171 'La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social' (zie uitvoerig Segado 2006, p. 456 *et seq.*).

172 Bon 1991a, p. 35 *et seq.*, in het bijzonder 36 & 38. Vgl. Segado 1993, p. 220: 'Desde los primeros momentos que siguieron a la promulgación de la Constitución, una doctrina cada vez más consolidada entendió que en nuestro ordenamiento constitucional existían argumentos y posibilidades para una eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas'.

173 Sommermann 1984, p. 235 (onder verwijzing naar Embid Irujo 1980, p. 204 (waar aan beide wordt gerefereerd); Prieto Sanchís 1982, 390 (art. 9); Quadra-Salcedo 1981, p. 75 (art. 10 (1)); Rodríguez-Piñero 1979, p. 397 (art. 10 (2))). Zie m.b.t. art. 9.1 als aanknopingspunt tot derdenwerking in het bijzonder het overzicht van Bilbao Ubillos 1997, p. 351, voetnoot 277.

174 M.b.t. derdenwerking in Argentinië zie reeds Krotoschin 1964, p. 128-132.

175 Sommermann 1984, p. 235.

176 M.b.t. Spanje zie tevens Bon 1991b, p. 42; m.b.t. Portugal zie tevens Kern 2007, p. 71 & 74.

177 García Torres & Jiménez Blanco 1986, p. 47 (meer specifiek heet het dat de doctrine zich voor het grootste deel beperkt heeft tot de receptie en adaptatie, om niet te zeggen recommendatie, van de resultaten uit de BRD). Neem hierbij overigens in rekening de (niet op derdenwerking toegespitste) opmerking van Brage Camazano dat in de laatste jaren in Spanje een belangrijke receptie, meer formeel dan substantieel (en soms zelfs eerder blindelings) heeft plaatsgevonden van Duitse constitutioneelrechtelijke constructies (Brage Camazano 2006, p. 542).

uit de receptie in beide landen van de notie *Drittwirkung* in de nationale doctrine (naast meer taaleigen synoniemen[178]).[179] In Spanje werd de term zelfs door het *Tribunal Constitucional* gehanteerd.[180]

2.2.6 België en Frankrijk

Evenzeer vanaf de jaren '80 had het leerstuk geleidelijk aan ook interesse gewekt in de Franse en Belgische doctrine.[181] De teneur was hier opnieuw (ditmaal sterk) afwijkend van de traditionele, althans initiële Duitse (en aanverwante), inzet, in die zin dat er niet een ongebreideld enthousiasme heerste doch wel een eerder bezadigde kennisname. De Vlaamse doctrine (die zich trouwens in de historiek van horizontale werking onderscheidde door het feit dat ze het leerstuk niet exclusief d.m.v. de Duitse rechtsleer recipieerde maar

178 In Spanje onder meer *eficacia en las relaciones entre particulares* (zie o.a. Pulido Quecedo 1993, p. 207) of, meer recent, *eficacia horizontal* (o.a. Caro Muñoz & Cueva Puente 2006, p. 253). In Portugal o.a. *validade dos direitos fundamentais nas relações privadas* (zie overigens de kritiek van Gonçalves 2004, p. 95 waar beargumenteerd wordt dat de term 'effect' een foutieve impressie geeft in die zin dat het te sterk duidt op een procedureel karakter).

179 M.b.t. Spanje zie o.a. de bijdrage van Garcia Rubio 2002 betekenisvol getiteld 'La eficacia inter privatos (Drittwirkung) de los derechos fundamentales' en de monografie 'Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional' van Garcia Torres & Jiménez Blanco 1986; verder o.a. Alfaro Aguila-Real 1993, *passim* (o.a. p. 57, 58 voetnoot 3, p. 59, p. 61, p. 63); Aparicio Pérez 1989, p. 83; Aramendi Sanchez 1999, p. 56; Ballarin Iribarren 1988, *passim*; Caro Muñoz & Cueva Puente 2006, o.a. p. 253, 256; Perez Luño 1986, *passim* (o.a. p. 314); Pulido Quecedo 1993, p. 207 (zie in bijzonder voetnoot 1); Valdés Dal-Ré 2003, p. 502 *et seq.* (met bijzondere aandacht voor de Duitse historiek vanaf p. 503). Zie tevens Sommermann 1984, p. 235; Brage Camazano 2006, p. 549, voetnoot 12. M.b.t. Portugal zie o.a. Vieira de Andrade 1981, p. 233; Vieira de Andrade 1983, p. 271 (wiens beschouwingen terzake horizontale werking voor een aanzienlijk deel gewijd zijn aan de Duitse rechtsleer (p. 275-281)); Canotilho & Moreira 1993, p. 147 (met trouwens kritiek op deze terminologie (zie hoofdstuk 3, voetnoot 17)).

180 Spanje: T.C. 20 februari 1989 (45/1989), *BOE* 2 maart 1989 (nr. 52); T.C. 2 november 1989 (178/1989), *BOE* 4 december 1989 (nr. 290); T.C. 15 maart 1990 (42/1990), *BOE* 9 april 1990 (nr. 85); T.C. 1 december 1992 (214/1992), *BOE* 23 december 1992 (nr. 307); T.C. 6 maart 1995 (56/1995), *BOE* 31 maart 1995 (nr. 77) (in eerste drie geciteerde uitspraken als zuiver synoniem voor derdenwerking, in laatste twee in verwijzing naar '(wat) de Duitse rechtsleer (als) Drittwirkung (benoemt)'). Kern 2007, p. 71 doet een gelijkluidende bewering m.b.t. het Portugese *Tribunal Constitucional* doch verwijst in dit opzicht exclusief naar T.C. 27 juni 2001 (302/2001), (50) *ATC* 2001, p. 661 waarin voornoemde term echter *niet* wordt gehanteerd.

181 In België met name door de studie 'De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen' (nl. Rimanque 1982; zie voorheen o.a. de meer geïsoleerde stukken van De Jonghe 1977, kol. 1254-1256; De Meyer 1974, p. 251 *et seq.*; Velu 1974a, p. 49-50; Vermeulen 1965, p. 26 & 54-55; Rimanque 1974, p. 279-283; Rimanque 1981, p. 40-42). In Frankrijk was de aanzet meer divers (voor een gelijkaardige conclusie m.b.t. het Franse proces van 'constitutionalisering' in het algemeen zie Bon 1991a, p. 35).

zich ook sterk op de Nederlandse oriënteerde)[182] had in aanvang wel een zeker geestdriftig elan bezeten, maar moest tot haar *verbazing*[183] al snel vaststellen dat de Belgische rechtspraak sedert decennia intuïtief (zonder aarzeling en zonder vraagtekens bij de theoretische begronding ervan)[184] grondrechten in horizontale verhoudingen liet doorwerken.[185] Met enige welwillendheid kunnen m.i. zelfs antecedenten in prille 20e-eeuwse jurisprudentie, waarin onder meer een familiale twist betreffende een onorthodox doopsel middels constitutionele degens werd uitgevochten,[186] worden vastgesteld. Een zekere

182 Zo o.a. De Jonghe 1977 (van Duitse rechtsleer is trouwens geen spoor te bekennen); Rimanque & Peeters 1982, *passim*; Van Oevelen 1982a, *passim*. Voornamelijk Alkema 1978, Boesjes 1973, Drion 1969, Maris 1969 & Polak 1969 zijn hierbij sterk vertegenwoordigd.

183 Rauws & Schyvens 1982, p. 187.

184 Dirix 1982, p. 46; Rauws & Schyvens 1982, p. 187.

185 In de eerste plaats kan verwezen worden naar een aanzienlijke cluster jurisprudentie aangaande huwelijksbedingen, met name Wrr. Ber. Bergen 15 september 1956, *T.S.R.* 1958, 252; Wrr. Charleroi 7 juli 1970, *J.T.T.* 1970, 103 (middelijke verwijzing naar grondrechten); Arbrb. Bergen 10 juni 1971, *T.S.R.* 1971, p. 164; Arbh. Brussel 19 juni 1972, *J.T.T.* 1975, 298; Arbrb. Hasselt 16 april 1973, *R.W.* 1973-74, 391; Arbh. Brussel 4 mei 1973, *R.W.* 1973-74, 382; Arbrb. Gent 12 april 1974, *R.W.* 1974-75, 1956; Arbh. Luik 27 juni 1974, *J.T.T.* 1974, 217; Arbh. Antwerpen 7 mei 1976, *R.W.* 1976-77, 1249; Arbh. Brussel 24 november 1977, *J.T.T.* 1978, 63; Arbh. Gent 9 mei 1979, *R.W.* 1978-80, 1458 (zie terzake § 4.3). Verder onder meer naar Rb. Brussel 11 februari 1961, *J.T.* 1961, 686 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 87); Wrr. Ber. Brussel 22 februari 1968, *J.T.* 1968, 387 (Ontslag bediende wegens prostitutie in haar vrije tijd. Verzet op basis van de grondwettelijke en bij conventie vastgelegde bescherming van privé-leven. Het Hof verwerpt dit argument enkel *in concreto* (niet bewezen was dat de werkgever tot vaststelling van de feiten een inbreuk op haar privéleven had gepleegd daar de vaststelling gebeurde op het ogenblik dat ze op een publieke plaats klanten ronselde) maar voegt er tevens aan toe dat de door de grondwet en constitutie beschermde vrijheid niet verhindert dat vrijwillig gestelde daden een ernstige tekortkoming kunnen uitmaken die de ontbinding van een arbeidsovereenkomst verantwoordt); Rb. Brussel 20 juni 1968, verkort weergegeven in Eissen 1971, p. 161 (strafbeding terzake rechtsgang strijdig met art. 8 Grondwet en art. 6 Conventie); Rb. Brussel 4 april 1973, *R.W.* 1973-74, 2338 (opgemerkt werd dat 'contractuele bepalingen die zouden leiden tot een permanente onverbreekbare band met een privé-instelling, die voor zichzelf het beheer van het vermogen van de auteur zou opeisen, strijdig zouden zijn onder meer met artikel 4 van de Europese Conventie op de rechten van de mens'; van dergelijke bepalingen was i*n casu* echter geen sprake); Rb. Brussel 6 april 1976, *Pas.* 1976, III, 51 (opdracht aan privé-detective middels radioapparatuur gesprekken van derden af te luisteren nietig wegens strijd met art. 8 EVRM); Hof Bergen 20 juni 1979, *RPS* 1980, nr. 6072 (clausule die huurder verplicht toe te treden tot BVBA is strijdig met toenmalig art. 20 Grondwet (vrijheid van vereniging), zie kritisch Colaes 1982, p. 261-262); Hof Brussel 25 november 1981, *J.T.* 1982, 275 (onrechtmatige perspublikatie). Zie tevens Velu 1970, p. 266-267 waar vermeld wordt dat in de periode 1967-1969 het Hof van Brussel in een tiental zaken art. 6 EVRM heeft toegepast in horizontale verhoudingen (in het bijzonder tot partiële verwerping van vorderingen ingesteld tegen in gebreke blijvende debiteurs).

186 Elfjarig kind gedoopt buiten medeweten vader, een notoir vrijdenker. Vader vordert schrapping van de doopakte evenals schadevergoeding van de priester en de doopouders (zijnde de grootmoeder en een oom van het kind), zich hierbij beroepende op zijn ouderlijk gezag welke hem niet enkel het recht geven zou de godsdienst te kiezen onder dewelke zijn dochter opgevoed worden zal, maar aan de laatste gedurende haar minderjarigheid

nonchalance,[187] misschien eerder te duiden als een *down to earth approach*, evenals desinteresse[188] kenmerkte aanvankelijk de verdere historiek. Bij sommige Belgische auteurs, en zeker niet de minsten hoewel wel degelijk een minderheid, vertaalde de 'import' van de leer zich zelfs in een zekere irritatie alsdat derdenwerking niet meer dan een louter truïsme uitmaakt: natuurlijk richt ook de civiele rechter zich naar de gedeelde waarden der maatschappij zoals ze ook in de basale documenten van de rechtsorde uitgedrukt worden.[189] Actueel wordt echter in toenemende mate, zij het nog steeds inciden-

ook het recht ontnemen zou een andere religie te belijden dan dewelke haar aldus is opgelegd. Naar oordeel van de rechtbank merken verweerders met 'infiniment de raison' op dat dergelijke visie een absolute negatie van de vrijheid van geweten uitmaakt. Nader preciserende wordt overwogen 'que la conscience humaine comme telle est, de droit constitutionnel, un domaine sacré et inviolable auquel il ne peut être porté atteinte; que tout citoyen, quel qu'il soit, sans distinction d'âge ni de sexe, ayant droit au respect de ses convictions, on chercherait vainement en vertu de quel principe le bénéfice d'une garantie aussi précieuse devrait être réservé à la seule conscience des majeurs; que ce bénéfice ne peut être refusé au mineur; pourvu que, cela résulte de la nature même du droit, il ait conscience, c'est-à-dire qu'il soit capable de discernement', kortom, een constitutioneel verweer van de belangen van het kind tegen de assertaties van de vader in. Aangevuld met beschouwingen omtrent het ouderlijk gezag (als geen doel op zich maar instituut in het belang van het kind), de feitelijke omstandigheden (suggererende dat het kind, bekwaam tot onderscheid, voor het doopsel heeft gekozen of althans ingestemd) evenals dat morele schade onwaarschijnlijk lijkt, leidt dit tot afwijzing van de eis t.a.v. de doopouders. Hetzelfde lot ondergaat deze ingesteld t.a.v. de priester, evenzeer onder constitutionele noemer: 'qu'il n'a fait que remplir son devoir de ministre d'un culte dont le libre exercice est garanti par la Constitution'. (Rb. Dinant 14 februari 1907, *Pas.* 1907, III, 201). Ook in de beroepsuitspraak duikt opnieuw grondwettelijke inspiratie op: '[a]ttendu que, sous l'empire de nos principes constitutionnels, concernant tous les Belges sans distinction d'âge, il faut admettre que les droits de l'enfant à cette liberté de conscience peuvent entrer en conflit avec ceux du père dès avant l'âge de la majorité; que, dans ses conclusions d'appel, Delhauteur reconnaît lui-même que l'autorité paternelle peut céder devant les droits de l'enfant quand celui-ci est capable de discernement', echter werd niet bewezen geacht dat het kind deze 'bekwaamheid tot onderscheid' reeds verworven had (geconcludeerd werd tot aantasting ouderlijk gezag, schadevergoeding niet noodzakelijk). Evenzeer wat betreft de priester blijft de Constitutie als orientatiepunt gelden: 'celui-ci n'a fait qu'accomplir un devoir de son ministère de prêtre et exercé un droit garanti, lui aussi, par la Constitution' (Hof Luik 5 mei 1909, *Pas.* 1909, II, 219). Vgl. naar eigentijdse (grondrechtsloze) normen Rb. Namen 14 februari 2003, *J.L.M.B.* 2003, 1052.

187 Zie bijvoorbeeld de opmerking van Van Heuven 1990, p. 595 dat het weinig uitmaakt of de rechter contractweigering op raciale grond sanctioneert door middel van fundamentele rechten of op basis van 'zogezegde' open normen daar de schadelijder '*hoe dan ook*' op schadevergoeding zal gerechtigd zijn. Hoewel deze auteur zich hiermee onbewust uitspreekt ten voordele van indirecte werking is de boodschap duidelijk: het gaat in praktijk uiteindelijk om niet meer dan een terminologisch verschil welk de gevolgen onverlet laat.

188 Zie 'Herziening van de Grondwet: Herziening van artikel 23 van de Grondwet ter Waarborging van een recht op communicatie en mobiliteit (voorstel D. Pieters)', *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 468/1, p. 12.

189 Zie bijvoorbeeld Rigaux 1990, p. 680 die, o.a. in referentie aan de rechtspraak van het BVerfG, opmerkt: 'L'effet réflexe indirect (*mittelbare Drittwirkung*) est une explication superflue et par conséquent nuisible des mécanismes d'interprétation de la loi. La constitu-

teel,[190] gerefereerd aan het leerstuk. Van een diepgaande theoretische analyse is hierbij echter geen sprake.[191] Eerder betreft het hier een meer modieuze applicatie, voornamelijk getypeerd door een onzuivere, d.w.z. terminologisch generale meer dan specifiek juridische aanwending van de notie 'horizontale werking'.[192]

Een gelijkaardige evolutie deed zich ook voor in Frankrijk. Vanuit rechtsvergelijkend perspectief is het gebrek aan doctrinare belangstelling aldaar zelfs opmerkelijk.[193] Van aan het leerstuk gewijde monografieën geen spoor, en ook specifieke artikelen aangaande zijn schaars. Daarenboven blijven de beschouwingen die zich toch met het onderwerp inlaten in de regel beperkt tot de vaststelling dat horizontale werking bestaat en wordt aanvaard, zonder dat men zich verwaardigd enige nadere toelichting aangaande oorsprong of begronding te verschaffen.[194] Wat overheerst is een *nihil novi sub sole* gevoel[195] en, iets dieper in het onderbewustzijn gelaagd, misschien zelfs een zeker ongenoegen ten aanzien van de Duitse stempel op het leerstuk.[196]

---

tion n'investit par les particuliers de droits subjectifs privés, mais elle contient des normes objectives dont l'effet d'irradiation imprègne nécessairement l'intérpretation et l'application des lois civiles si l'on veut respecter la cohérence de l'ordonnancement global'. Vgl. tevens Rigaux 1992, p. 216-217.

190 Zoals onderstreept in het parlementair document 'Herziening van de Grondwet: Herziening van artikel 23 van de Grondwet ter Waarborging van een recht op communicatie en mobiliteit (voorstel D. Pieters)', *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 468/1, p. 12 heeft het vraagstuk in België in feite relatief weinig aandacht gekregen (soortgelijk doch gedateerd Dirix 1982, p. 46, meer recent Van Leuven 2008, p. 191 ('nog steeds een onbekend en mogelijk onbemind hoofdstuk in het Belgisch privaatrecht')).

191 Zie evenwel het proefschrift van Van Leuven 2008, in bijzonder p. 189 *et seq.*

192 Zo wordt ook van horizontale werking gesproken wanneer het slechts gaat om privaatrechtelijk wetgeving die uiting geeft aan waarden die ook in de grondwet geïncorporeerd zijn (zo o.a. m.b.t. het principe van non-discriminatie zoals neergelegd in de antidiscriminatiewet (aldus o.a. Velaers 2003b, p. 289 *et seq.*); Delpérée 2000, p. 280). Weliswaar gaat het hier puur terminologisch gezien inderdaad om horizontale werking, maar slechts in generieke vorm, en niet in de specifieke die in de regel met de term 'horizontale werking' als synoniem voor *Drittwirkung* gehanteerd wordt.

193 Zie tevens Favoreu 2005, p. 161; Troper 2005, p. 115 *et seq*. (o.a. 'Let us start from an empirical observation. None of the expressions, "third party effect of the constitution", "horizontal rights", or "indirect effects" can be found either in the language of French constitutional law or (with rare and very recent exceptions) that of French legal scholars').

194 Zo o.a. Duffy 2006, p. 1597. Vgl. meer extensief anderzijds Grewe 2004, p. 29.

195 Vgl. Favoreu 2002, p. 755; Favoreu 2005, p. 161.

196 Een dergelijke teneur schijnt althans o.a. waar te kunnen worden genomen in Pauliat & Saint-James 2001 ('Dès lors, y-a-t-il vraiment lieu de distinguer en réalité entre effet horizontal direct et indirect, reprenant ainsi, peut-être à mauvais escient, des éléments de théorie du droit allemand?' (p. 79); 'Il est d'autant plus paradoxal de dresser un tel constat que la pensée juridique allemande est souvent présentée comme ayant la première conceptualisé la notion d'effet horizontal sous le terme galvaudé de drittwirkung. Ce terme est aujourd'hui couramment employé à propos des droits conventionnels européens, à notre avis à tort. Le drittwirkung veut dire littéralement "droit envers les tiers" et marque l'idée d'appliquer les droits fondamentaux aux relations purement privées dans le contexte constitutionnel allemand' (p. 83); 'En réalité, est-il réellement besoin de recourir à la théorie constitutionnelle

Een zeker historisch (mogelijk chauvinistisch geïnspireerd) besef is daaraan trouwens niet vreemd. Zo stellen onder meer Pauliat en Saint-James dat in art 4 van de illustere verklaring van 1789, alwaar wordt geproclameerd dat 'La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui',[197] reeds onmiskenbaar een voorschrift tot derdenwerking zat verscholen.[198] Uitgedragen wordt de boodschap van Frankrijk niet als slaafse navolger maar integendeel (miskende) voorganger in het leerstuk van horizontale werking; een teneur van zekere superioriteit die in feite doorheen de gehele Franse grondrechtsdogmatiek weerklinkt. Wat deze auteurs hierbij passend echter niet vermelden is dat dit document binnen het Franse rechtssysteem geruime tijd geen enkele verbindende kracht bezat. In feite was de verklaring reeds verzwolgen in de neergang van de constitutie van 1791 waaraan deze als preambule was toegevoegd geweest.[199] We schrijven dan amper juni 1793. Enkele incidentele verschijningen nagelaten,[200] duikt de verklaring pas opnieuw op in de preambule van de constitutie van 1946 waarin 'les droits et libertés de l'homme et du citoyen, consacrés par la Déclaration des droits de 1789' 'plechtig' bekrachtigd

---

des droits fondamentaux allemands pour affirmer qu'il existe un effet réflexe?' (p. 84)). Zie overigens Grewe 2004, p. 26-27 (*et seq*.) waar op een onwil tot receptie der Duitse grondrechtentheorie in het algemeen wordt geduid.

197 Verder heet het dat: '[...] ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces même droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi'.

198 Pauliat & Saint-James 2001, p. 79-80. Ook niet Franse auteurs koppelen binnen het kader van horizontale werking soms terug naar deze bepaling, zo bijvoorbeeld de Zwitserse staatsrechtsdeskundige Peter Saladin (Saladin 1988, p. 374). Naar voorstelling van Troper 2005, p. 119 *et seq.* komt dit art. 4 overigens bijzondere signaalwaarde toe als expressie van de (oorspronkelijke) Franse mensenrechtenconceptie die ook heden horizontale werking nog obstrueert als zou in deze opvatting niet zijn voldaan aan de *conditio sine qua non* tot aanvaarding van het leerstuk van horizontale werking, namelijk de visie dat deze rechten *in se* of althans primair tegen de Staat gericht zijn; integendeel, aldus Troper, gold de 1789 declaratie slechts als *declamatie* van voorafgaandelijk aan Staat en maatschappij bestaande rechten en had de *Assemblée nationale* deze bijgevolg ook niet te creëeren noch te limiteren. Toetreding tot de maatschappij heeft juist tot doel deze rechten te vrijwaren (*cf*. art. 2, 'Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme') tegen de *medemens*, getuige daarvan art. 4 (zie voetnoot 197), slechts kan de wetgever de *uitoefening* van deze rechten, doch niet de rechten zelf, in het belang van het genot ervan door anderen, limiteren. Overigens, van Staat in enge zin als de publiekrechtelijke entiteit welke strikt van maatschappij was onderscheiden en zich naartoe deze laatste oppresief, vrijheidslimiterend gedragend kon, zoals de horizontale werking leer vooronderstelt, kon in de 1789 visie ook geen sprake zijn omdat dit juist de gehekelde distinctie uit het *Ancien Régime* betrof welke de revolutie tot doel had op te heffen. Geen Staat maar maatschappij constitueerde de rechtsorde (*cf*. art. 16: 'Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution'). Kortom, in deze op 1789 geöriënteerde Franse perceptie '[t]here is therefore no state that could be viewed as a threat to liberty and against which citizens have rights' (Troper 2005, p. 121), *ergo* geen logica bestaat tot horizontale werking.

199 Ségur 2004, p. 20.

200 Zie *in globo* Ségur 2004, p. 20 *et seq*.

worden. Het zou de declaratie hier echter aan verbindende kracht ontbreken.[201] Eenzelfde conclusie gold geruime tijd de vergelijkbare[202] bepaling in de constitutie van 1958.[203] Deze opvatting werd slechts verlaten middels de legendarische beslissing van de *Conseil constitutionnel* van 16 juli 1971[204] sinds dewelke deze bepaling integraal deel zou uitmaken van het 'bloc de constitutionnalité', en aldus gepromoveerd werd tot maatstaf voor constitutionele toetsing.[205] Dergelijke kritiek mag echter, volgens de regels der mentaliteitsgeschiedenis, afgeschreven worden. Tweehonderd jaar bewustzijnswording sinds de Franse republiek werd geconcipieerd en doordrongen van wat tot op heden nog steeds een der meest radicale *fundamenteelrechtelijke* en sociologische transformaties mag heten, dat laat sporen na. Of, meer lapidair gesteld, twee eeuwen titulatuur van (zelfverklaard) voorvechter der grondrechten duldt nu eenmaal weinig tegenspraak.[206]

Daarnaast, zo stelt Rivero althans, zou het gebrek aan aandacht ook verklaard kunnen worden door het diffuus karakter van de Franse grondrechtencatalogus. Een lappendeken bestaande uit losstaande fundamentele principes, een rappel aan de *Déclaration* van 1789, de *libertés publiques* en diens meer,[207] daarbij nog het omstreden karakter van de verbindende kracht van sommige dezer bepalingen in rekening te nemen, al dit nodigt veel minder uit tot beschouwingen over derdenwerking dan een afgelijnde grondrechtencatalogus als bijvoorbeeld de Duitse.[208] Rivero gaat zelfs zo ver dit te vertalen in termen van relevantie. In deze redenering schuilt een zekere kern van waarheid, maar slechts binnen het perspectief van derdenwerking als de rechterlijke plicht tot effectuering van grondrechten binnen private verhoudingen doch niet m.b.t. horizontale geldigheid van grondrechten *in se*.[209] Overigens laat dit alles

201 Favoreu 2002, p. 740; Ségur 2004, p. 23-24. Vgl. Rousseau 1992, p. 92-93.

202 In de preambule wordt gesteld dat 'Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils sont définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par la préambule de la Constitution de 1946'.

203 Favoreu 2002, p. 740. Vgl. Ségur 2004, p. 24.

204 Cons. const. 16 juli 1971, nr. 71-44 ('Vu la Constitution *et notamment son Préambule*'). Een minder bekend antecedent dateert uit 1970 (zie Favoreu 1977, p. 34-35).

205 Zie o.a. Foyer 2004, p. 287; Ségur 2004, p. 24; Rivero 1982, p. 520 (die in dit opzicht gewaagde van een zuivere revolutie).

206 Vgl. Heuschling 2003, p. 26.

207 Zie hoofdstuk 3, voetnoot 54.

208 Rivero 1971, p. 320.

209 Beide aspecten zijn weliswaar sterk gelieerd, en in praktijk zelfs zo goed als identiek, maar naar doctrinaire beschouwingen toe biedt het tweede perspectief een aanzienlijk ruimer en minder gecompliceerd speelveld. Bijdragen vanuit de eerste optiek raken snel en onvermijdelijk verzeild in het complexe vaarwater aangaande judiciële competentie, constitutionele dogmatiek (in het bijzonder wanneer een grondwettelijk hof bestaat), grondrechtensystematiek en status daarvan *etc.* en zijn dus ook sneller afhankelijk van het bestaan van een uniforme grondrechtencatalogus en aansluitende theorievorming. Bijdragen vanuit de tweede optiek neigen in praktijk eerder naar het normatieve domein en betonen zich (in de regel)

onverlet dat zich althans een versnipperde (want naar aard der grondrechtsnorm gedifferentieerde) theorievorming zou hebben kunnen ontwikkeld. Daarenboven is het ongeldig hieruit een conclusie aangaande relevantie te deduceren: een vraagstuk boet niet aan relevantie in wegens het feit dat eventueel *a priori* andere aspecten dienen uitgeklaard te worden (o.a. de status van bepaalde dergelijke fundamentele normen), het debat wordt hierdoor enkel minder acuut. Ten slotte, en dat is de meest fundamentele tegenwerping ten aanzien van de suggestie van Rivero, behoeft de doctrine *geenszins* uitgenodigd te worden enig wegbereidend theoretisch veldwerk te verrichten. Integendeel, ook hier kan ze zich verdiepen in reeds bestaande jurisprudentie die zonder hesitatie grondrechten liet doorwerken in private relaties. Dit mag idealistisch heten (vaak betreft het een toepassing van onbepaalde *libertés* zodat enkel van horizontale werking in de brede zin sprake kan zijn), feit blijft dat zelfs in de *internationale* doctrine met recht gerefereerd wordt aan een uitspraak van het *Tribunal de la Seine* uit januari 1947[210] waarin een testamentair huwelijksbeding niet slechts ongeschreven werd gehouden op basis van een onbepaalde huwelijksvrijheid, maar evenzeer via horizontale werking van verscheidene grondrechtsbepalingen uit de 1946 Constitutie.[211] Kortom, de aangevoerde stelling lijkt bewezen.[212] Met deze referentie aan de uitspraak van het *Tribunal*

---

minder afhankelijk van het positiefrechtelijke kader (typerend in dit opzicht is onder meer de vanzelfsprekendheid waarmee sommige auteurs contractsvrijheid in beschouwingen aangaande horizontale werking assimileren tot grondrecht).

210 Trib. Civ. de la Seine 22 januari 1947, *D.* 1947, 126.

211 Zie voetnoot 212.

212 Nochtans past enige terughoudendheid. Laat met een eufemisme gesteld worden dat in deze de *Zeitgeist*, daarbij onder meer het toenmalig recente Vichy verleden in rekening nemende, niet geheel van belang ontbloot zal geweest zijn (een punt waarop, bevreemdend genoeg, in geen enkele van de publicaties die naar deze uitspraak verwijzen, geattendeerd wordt). De zaak betrof immers een postscriptum ingeschreven in een testament van 1 juni 1944 (opengevallen *d.d.* 30 december 1944), waarin een legaat aan een kleindochter vervallen wordt verklaart mocht zij een *jood* huwen. Dergelijke context neigt een in 1947 rechtsprekende rechter niet ondenkbaar naar een meer bevlogen articulatie van zijn juridisch oordeel, een waarin hoogdravende normen iets meer op de voorgrond worden geplaatst dan anders (overigens zonder substantiële invloed (vgl. wat deze problematiek meer in het algemeen betreft De Vos 2008, p. 801 *et seq.*)). Letterlijk heet het 'Attendu cette condition doit être réputée non écrite, aux termes de l'art. 900 c. civ.; – Attendu qu'en effet non seulement cette clause porte atteinte à la liberté qu'a la légataire d'épouser la personne qu'elle aura choisie, mais elle heurte également les règles d'ordre public, telles qu'elles résultent de l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire et de la Constitution de la République française du 27 oct. 1946; – Attendu qu'en effet ce dernier texte a déclaré que le peuple français proclamait à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ou de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés; – Attendu que la clause susvisée viole tous ces principes et est contraire à l'esprit de notre droit actuel, qui est basé sur l'égalité de tous, sans aucune discrimination; qu'elle est donc illicite à tous égards […]'. Van enige opwinding m.b.t. de toepassing van grondrechten in horizontale verhoudingen gewaagt de ondergevoegde noot in de *Recueil Dalloz* alvast niet, droogweg wordt verwezen naar publicaties '[s]ur les conditions restrictives de la liberté du mariage'.

de la Seine snijdt de heersende doctrine zich, op de keper beschouwd, de pas af: de theorie van derdenwerking moet zich op dat ogenblik immers nog ontplooien binnen de Duitse Bondsrepubliek en zal zich pas in de *daaropvolgende* decennia tot een zegevierend exportproduct verwezenlijken. Van enige receptie is dan ook geen sprake. Wel van een autonome actie, een die aantoont dat de betrokken rechter zich naar eigen (en naar valt aan te nemen heersende) impressie in mindere dogmatische woelwateren begaf dan hedendaagse doctrine meent te mogen voorstellen.

2.3 COMPARATIEVE ANNOTATIES

2.3.1 Een uitdijend spectrum

Horizontale werking heeft het Europese vasteland veroverd, daar kan geen twijfel over bestaan. De hiervoor beschreven naties zijn slechts een deel van haar huidige invloedssfeer. Benevens het verkende conglomeraat van Duitsland, Italië, Oostenrijk, Zwitserland, Nederland, Portugal, Spanje, België en Frankrijk, werd ze onderwijl omarmd in Griekenland,[213] Ierland,[214] Luxemburg,[215] Liechtenstein[216] en Engeland.[217] Uiteindelijk blijven binnen West-Europees kader enkel de Scandinavische landen achterwege. In Denemarken zou de theorie onbestaande zijn,[218] in Zweden komt ze amper van de

213 Zie o.a. Iliopoulos-Strangas 1983, p. 422-423; Iliopoulos-Strangas & Leventis 2000, p. 453-455.

214 Zie o.a. Butler 1993, p. 17-40; Murray & Phelan 2000, p. 536-539; O'Callaghan 2006, p. 249-262; O'Cinneide 2007, 213 *et seq.*; secundair Hunt 1998, p. 428-429; Onufrio 2007, p. 3-4. Zie in bijzonder de uitspraken *Educational Company of Ireland v Fitzpatrick* (No. 2) [1961] IR 345, *per* Budd J: 'if one citizen has a right under the Constitution, there exists a correlative duty on the part of other citizens to respect that right and not to interfere with it' en *Meskell v. Coras Iompair Eireann* [1973] IR 121 *per* Walsh, J.: 'If a person has suffered damage by virtue of a breach of a constitutional right […] that person has the right to seek redress against the person or persons who infringed that rights' (wat betreft deze schadevergoeding wegens inbreuk (vanwege particulieren) op constitutionele rechten zie specifiek The Law Reform Commission, *Consultation Paper on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, *s.l.*: *s.i.* 1998, p. 58 *et seq.*).

215 Spielmann 1995, p. 51-54; Spielmann 2000, p. 861 *et seq.*

216 Frick 1996, 14-20 (louter theoretisch, jurisprudentie verschaft geen illustratie); vgl. anderzijds terughoudender Schäfer 2007, p. 120.

217 Zie o.a. Bamforth 2001, p. 34-41; Hunt 1998, p. 435-443; Oliver 2000, p. 351-355; Palmer 1999, p. 128 *et seq.*; Phillipson 1999, p. 834 *et seq.*; Phillipson & Fenwick 2000, p. 667-668; Raphael 2000, p. 493-511.

218 Nielsen 2000, p. 248. Vgl. Espersen 1971 ('It may be ascertained with certainty that the whole range of rights and freedoms of the Danish Constitution [...] are considered irrelevant to the relations between individuals'); Thygesen 1978, p. 440 (die hoogstens een indirecte doorwerking mogelijk acht); Drzemczewski 1979, p. 170 (waar specifiek met betrekking tot het EVRM opgemerkt wordt dat dit instrument (wegens een ontoereikende incorporatiestatus) weinig of geen directe impact op interpersoonlijke relaties vermag te hebben). Genuanceerd contra is anderzijds Christoffersen 2007, p. 27-62, doch dit voornamelijk op

grond[219] en van Noorse doctrine aangaande, laat staan rechtspraak, werden amper sporen gevonden.[220] In Finland schijnt de theorie daarentegen wel enigermate aan te slaan;[221] in ieder geval heeft de regering zich reeds ten voordele van derdenwerking uitgesproken.[222]

Anderzijds heeft *Drittwirkung* via landen als Polen,[223] Tsjechië[224] en Hon-

basis van een zeer ruime interpretatie van het begrip horizontale werking; impressie van deze bijdrage is dat erkenning van het bestaan van verdragsconforme interpretatie en het *positive obligations* leerstuk voor auteur blijkbaar het summum van horizontale werking vormt, hetwelk bij deductie mijn in hoofdtekst geponeerde stelling ondersteunt. Suggestief is bijvoorbeeld de commentaar m.b.t. het reeds intern contradictoire concept van 'horizontale werking'-legislatie alsdat '[t]he introduction of domestic legislation providing adequate legal protection of individual rights in the relations between individuals will not give rise to concern, as long as the legal protection does not in itself violate the rights of other individuals [*sic*]. Danish legal protection will thus regularly have horizontal effect and no provision is made for or against horizontal effect in the Constitution, legislative practice or otherwise' (p. 61) evenals de bevreemdende stelligheid waarmee in deze optiek wordt opgemerkt dat 'horizontal effect is unproblematic in so far as the state has properly implemented its international obligations' (p. 33), maar evengoed dat als sterkste voorbeeld van horizontale werking opgevoerd wordt een uitspraak van 'the Western High Court' waarbij, in een zaak waar aan een ouder overdracht werd bevolen van een 13-jarig kind naartoe de andere, met ouderlijk gezag beklede, ouder, geoordeeld werd dat het kind door 'the magistrate court' gehoord diende te worden ook al stond deze verplichting niet in de nationale gerechtelijke wetgeving ingeschreven (aangehaald als *WLR* 2000.1260) en welke beslissing naar oordeel van deze auteur 'illustrates how far the Danish Courts are willing to go' (p. 40), daarbij dan maar negerende dat dergelijk oordeel zuiver *verticale* werking betreft (ook meer summiere voorbeelden in deze bijdrage aangehaald (p. 30, 48-51) doen frequent verticale werking vermoeden of vaststellen, of blijken uiteindelijk slechts naar fundamentele *waarden* te verwijzen, zodat verdere commentaar daarop niet aan de orde is), of de assertatie dat horizontale werking in Denemarken uiteindelijk toch behoorlijk op instemming rekenen kan zo dergelijke invocatie van fundamentele rechten door de ene persoon toch maar geen beperking uitmaken zou op die van anderen (p. 39, 43, 62), wat in de wetenschap dat horizontale werking juist zo goed als continu een collisie van grondrechten betreft maar een materievreemde opmerking lijkt.

219 Vgl. Cameron 1997, 494; Westerhäll 2000, p. 775.

220 Te verwijzen valt enkel naar de opmerkingen van Ryssdal, eertijds voorzitter van het Noorse Hooggerechtshof (*Høyesterett*) en rechter (later voorzitter) in het EHRM, daartoe verzocht middels een enquête in het kader van de *IVe Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte*. Gepreciseerd werd dat het Noorse privaatrecht reeds vele bepalingen bevat tot bescherming van de zwakkere partij. Mochten nochtans conflictsituaties ontstaan, waarbij fundamentele mensenrechten door private overeenkomsten of andere privaatrechtelijke verhoudingen bedreigd worden, en de privaatrechtelijke wetgeving in deze tekort schiet, dan zouden de grondrechten ook een rechtsstrijd aangaande private rechtsverhoudingen kunnen beïnvloeden (Ryssdal 1978, p. 461).

221 Korinek 1978, p. 497 meldt dat indirecte werking erkend wordt.

222 Tuori & Bruun 2000, p. 334.

223 De baan voor horizontale werking werd geruimd door de Constitutie van 1997 die tot een meer algemeen constitutionaliseringsproces inciteerde (*cf.* o.a. Safjan 2002, p. 123). Naar oordeel van Skwara bleef het leerstuk van horizontale werking alvast tot in 2004 hangen binnen de doctrinaire sfeer, enige praktische impact eraan vreemd ('ein rein juristischer Begriff', 'ganz praxisfern' (Skwara 2004, *s.f.*)). In een meer diepgravende analyse van Krzemińska uit datzelfde jaar heet het echter dat talrijke privaatrechtelijke uitspraken

bestaan waarin oordelen op nationale en internationale grondrechten worden gebaseerd (Krzemińska 2004, *s.f.*). Dat blijkt een meer correcte inschatting (in *update* (Janczuk & Krzemińska 2006, *s.f.*) wordt enkel reeds met betrekking tot (beweerd) onrechtmatige perspublicaties verwezen naar o.a. SN 19 oktober 2000 (III CKN 866/98), (2001) 4 *OSNC* [61]; SN 12 september 2001 (V CKN 440/00), (2002) 5 *OSNC* [68]; SN 11 oktober 2001 (II CKN 559/99), (2002) 2 *OSNC* [82]; SN 26 februari 2002 (I CKN 413/01), (2003) 2 *OSNC* [24]; SN 5 april 2002 (II CKN 1095/99), (2003) 3 *OSNC* [42]; SN 14 mei 2003 (I CKN 463/01), (2004) 2 *OSP* [22]). Ook in een meer recent opiniestuk van 18 maart 2008 in de *Gazeta Prawna* (Bodnar 2008) wordt op het bestaan van dergelijke (lagere) rechtspraak gewezen, maar tegelijk op de achilleshiel ervan die uit het ontbreken van afdoende theoretische basis bestaat ('Niektóre sądy tak robią, ale brakuje jednolitej teorii'). Overigens suggereert de teneur van dit artikel dat de kwantiteit van dergelijke uitspraken niet behoort te worden overschat. Zowel voor theoretische begronding evenals aanzet tot toenemende jurisprudentie stelt de auteur echter vertrouwen in een komende vingerwijzing van het Constitutioneel Hof welke hij (de wens lijkt hierbij wel wat vader van de gedachte), zo de omstandigheden het toelaten, reeds mogelijk acht plaats te vinden in 2008 ('Może rok 2008 pozwoli na stworzenie nowej i potrzebnej zasady konstytucyjnej – horyzontalnego oddziaływania praw konstytucyjnych'). Opgemerkt dient echter te worden dat de impressie die uit laatstgenoemde bijdrage zou kunnen ontstaan dat het *Trybunał Konstytucyjny* zelf zich nimmer uitdrukkelijk met het vraagstuk heeft kunnen of willen inlaten onjuist is. In eerste instantie kan daarbij worden verwezen naar TK 19 februari 2002 (U 3/01), *OTK*-A 2002/1/3 betreffende de verplichting in doktersvoorschriften een code op te nemen die mogelijk maakt de ziekte van de patiënt te identificeren en welke de apotheker aan de gezondsheidsautoriteiten behoort door te spelen. Naar oordeel van de apothekersorde een ontoelaatbare regeling aangezien hierdoor in strijd zou worden gehandeld met de fundamentele rechten van hun klanten, m.n. privacy (art. 47) en de afgeleide *specialis* het recht vrij te kiezen al dan niet informatie over de eigen persoon vrij te geven (art. 51). Het Hof oordeelde art. 51 evenzeer zag op overdracht van gegevens tussen particulieren, maar preciseerde ten aanzien van *generalis* art. 47 dat het de wetgever was die de constitutionele verplichting had in een adequate bescherming van het individu te voorzien. Daarmee werd dan naar geest een zekere horizontale werking in erkenning genomen, maar tegelijk ook gekooid gehouden binnen een *positive obligations* constructie; de betekenis van deze uitspraak werd binnen de doctrine dan ook variabel ingeschat. Met dank aan B. Skwara & J. Krzemińska voor inlichtingen en assistentie.

224 *Cf.* Ivičič 2007, p. 21 *et seq.*; zie tevens Hanáková 2000, p. 90. Wel blijkt dat naar rapportage van Kühn 2005, p. 218-240 een sterk door het constitutioneel hof bevochten en door 'lagere' rechtsinstanties, in bijzonder het Tsjechische hooggerechtshof, uitermate gecontesteerde verwezenlijking. Sedert haar ontstaan (1993) heeft het Tsjechische grondwettelijk hof immers de bij reguliere rechters overheersende traditionele positivistische houding bekritiseerd en een horizontale werking van grondrechten beklemtoond (Kühn 2005, p. 218). Daarbij werd systematisch Duitse constitutionele doctrine, waaronder het voor de Duitse derdenwerkingsleer centrale concept van *Ausstrahlungswirkung*, geïmporteerd (Kühn 2005, p. 223). Een en ander culimineerde in sterk op *Lüth* alluderende jurisprudentie. Zo bijvoorbeeld proclameerde het constitutioneel hof reeds in 1998 alsdat '[…] one of [the] functions of the Constitution, and especially of the constitutional system of basic rights and freedoms, is its "radiation" throughout the legal order. The sense of the Constitution rests not only in ordering basic rights and freedoms […] but also in a duty of state and public bodies to interpret and apply law considering the protection of basic rights and freedoms. In this case it means the duty of the law courts to interpret particular provisions of the civil procedure code from the viewpoint of the sense and purpose of constitutionally guaranteed basic rights and freedoms (Ústavní soud 9 juli 1998, *ÚS (Sbírka nálezů a usnesení)*, vol. 12, 97 (III. ÚS 139/98), vertaling Kühn 2005, p. 224). Aversie, zelfs openlijke revolte (Kühn

garije[225] onderwijl haar voorzichtig intreden in Oost-Europa gemaakt, zij het dat een onder het communistisch verleden opgedane afkeer voor rechterlijke rechtsvorming en een daarmee samenhangende doch traditionele voorkeur voor strikt positivistische tekstexegese obstructies opwerpen blijft voor een werkelijk algemene doorbraak.[226]

Daarnaast stond de koloniale invloedssfeer van het oude avondland garant voor wijdlopende overzeese export. Zo groeide het via de Portugese rechtsleer uit tot een vertrouwd gegeven in Brazilië (waar het in de laatste jaren plots tot een werkelijke explosie van belangstelling is gekomen),[227] en via een meer

2005, p. 225 meldt de episode in de Tsjechische kranten als 'the war of the courts' te zijn betiteld), gekaderd in het algemene verzet in Oost-Europa tegen verbindende kracht van de beslissingen van Constitutionele hoven (*cf.* Kühn 2005, p. 219 *et seq.*), vanwege andere rechtsinstanties kon slechts worden bezworen, zij het niet compleet geëlimineerd, middels het – bij veel Oost-Europese equivalenten ontbrekende – vermogen via individuele beroepen beslissingen van reguliere rechtbanken te hervormen (Kühn 2005, p. 225). Nochtans, aldus Kühn 2005, p. 225-226 rijst hierdoor het gevaar – en dat geldt evenzeer voor andere Oost-Europese landen – dat 'horizontaal' constitutionalisme beschouwd wordt en blijft als een praktijk van een aan de overige rechtsmacht vreemd Hof; een gegeven waarmee de gewone rechtsinstanties niets van doen hebben en waardoor deze in hun onwil tot coöperatie en voorkeur voor tekstueel positivisme gesterkt worden (zie met deze conclusie tevens Uitz 2005, p. 8).

225 Evenzeer in Hongarije blijkt de implus bij uitstek vanwege het constitutionele hof te komen (*cf.* Halmai 2005, p. 104). Wat de lagere regionen betreft heet het evenwel dat de 'Hungarian legal practice is uncertain as to whether the courts are entitled to decide legal disputes between individuals with reference to their fundamental rights as protected in the Constitution' (Halmai 2005, p. 104) en '[e]ven though the Hungarian courts might have been pushed more than their Czech counterparts to take more responsibility in the field of human rights protection, this pressure apparently had little impact' (Kühn 2005, p. 227). Nochtans wordt ook daar incidenteel een stap in de derdenwerkingsrichting gezet, zo oordeelde het 'Central District Court' van Budapest in een interprivate perslitigatie onder referentie aan niet enkel de Hongaarse grondwetsbepaling m.b.t. vrijheid van meningsuiting, maar tevens art. 10 EVRM en 19 IVBPR (PKKB 29.P.87.533/1996/4, aangehaald, benevens overige voorbeelden, te Halmai 2005, p. 109-110). *In globo* blijft voorlopig echter nog steeds de conclusie dat 'most ordinary court judges see no relationship between the constitution and their everyday practices of deciding cases' (G. Halmai, 'The Hungarian Approach to Constitutional Review: The End of Activism? The First Decade of the Hungarian Constitutional Court', in: W. Sadurski (red.), *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, Den Haag: Kluwer 2002, p. 209 aangehaald te Kühn 2005, p. 227).

226 *Cf.* Kühn 2005, p. 224 (*jo.* o.a. p. 218, 225 & 240). In ieder geval is het zo dat andere Oost-Europese landen inderdaad meer achterwege schijnen te blijven. Zie o.a. Estland (Annus 2004, p. 107: 'Die Problematik der Drittwirkung wird in der Rechtsprechung fast gar nicht behandelt').

227 Zie m.b.t. *Drittwirkung* in Brazilië in de eerste plaats (*cf.* Da Silva 2005, p. 173 *et seq.* ('pionierswerken')) Sarlet 2001 & Steinmetz 2004. Verder kan o.a. worden verwezen naar Barroso 2007, p. 26-27; Castro 2003, p. 32-47; (Gonçalves 2004, p. 73-100); Mendes 2006, p. 122-123 (*et seq.*); Peglow da Rosa 2007, p. 10 *et seq.*; Pereira 2006, p. 119-192; Pessoa da Costa 2007, in bijzonder p. 94-99 & 148-162; Rufino do Vale 2004; Rufino do Vale 2005, p. 51-74; Sarlet 2005, p. 193-259; Sarmento 2006a; Sarmento 2006b, p. 193 *et seq.*; Sombra 2004.

amalgame reisweg (o.a. via de Nederlandse doctrine) tot constitutioneel gehuldigd principe in Zuid-Afrika.[228]

Wat althans deze laatste vorm van receptie betreft passen wel enkele kritische randbemerkingen. In eerste plaats betreft het hierbij niet steeds onverkorte incorporatie, wel eerder een heterogene adaptatie. Dit is bijzonder duidelijk wat de Zuid-Afrikaanse leer betreft. Alhier staat de als horizontale werking betitelde figuur in feite voor een symbiose tussen de Europese *Drittwirkung* en de Amerikaanse *State Action*-doctrine.[229] In tweede instantie valt te hoeden voor neokolonialistische neigingen; landen behoren immers geen eigen dynamiek te worden ontzegd wegens het eenvoudige feit dat ze bij de Europese evolutie aanleunen. Als illustratie kan worden verwezen naar Argentinië. Daar vond reeds in de jaren '50 een constutionaliseringsproces plaats dat door het *Corte Suprema* spoedig met erkenning van horizontale werking werd bekroond[230] zodat al midden jaren '60 de *erga omnes* gelding van grond-

228 De Zuid-Afrikaanse literatuur terzake horizontale werking is overvloedig. Zie o.a. Cheadle & Davis 1997, p. 44 *et seq.*; Cheadle 2005, p. 55-78; Du Plessis & Ford 2004, p. 286 *et seq.*; Govender 1996, p. 20 *et seq.*; Jeffery 1997, p. 10-16; Liebenberg 2008, p. 466-467 & 471-472; O'Regan 1999, *s.f.*; Rautenbach 2000, p. 296 *et seq.*; Sarkin 1999, p. 80; Sarkin 2000, p. 747 *et seq.*; Sprigman & Osborne 1999, p. 25 *et seq.*; Van der Merwe 2000, p. 14 *et seq.*; Van der Walt 2001, p. 805 *et seq.*; Van der Walt 2003b, p. 517-540; Van der Walt 2005, p. 660 *et seq.*; Van Zyl 2000, p. 169-175; Visser 1997, p. 296-303; Wolhuter 1996, p. 512 *et seq.*; Woolman & Davis 1996, p. 361 *et seq.*; Woolman 2005, p. 1 *et seq.*

229 Zie voor het onderscheid tussen beide, in praktische consequenties naar elkaar toeneigende (maar in theorie afwijkende en vaak ten onrechte gelijkgestelde of geassocieerde (*cf.* Venter 2000, p. 34)) rechtsfiguren o.a. De Schutter 1992, p. 72-110; Gardbaum 2003, p. 387 *et seq.* (en wat specifiek de 'State Action' betreft zie bij uitstek o.a. Barendt 2007, p. 399 *et seq.* (deze theorie die, grof gesteld, tot activatie van grondrechten in private litigaties enige statelijke betrokkenheid vooropstelt, terecht beschrijvende als 'one of the most complex areas of US constitutional law. Forty years ago it was described as a "conceptual disaster area"; decisions in then last few decades have done little to clean up the mess'); Chemerinsky 1985, 503-557; Madry 1992, 781-844; Nerken 1977, p. 297 *et seq.* evenals interessant Kay 2002, p. 329 *et seq.*). Voor globale vergelijking tussen Amerikaanse en Duitse (Europese) constitutionalisering zie o.a. Pokol 2002, *s.f.* (met duidelijke conclusie ten 'nadele' van de laatste variant ('In comparison with the American rights revolution, here the intertwining of constitutional fundamental rights into the judges' adjudication has substantially caused only minor shifts of emphasis')).

230 Corte Suprema de Justicia de la Nación 5 september 1958 (*Kot*), *Fallos de la Corte Suprema Nacional*, Tome 241, 291 (duitstalige extracten te vinden in Krotoschin 1964, p. 130-131), 'un referente pionero de la *Drittwirkung*' (De Vega García 2003, p. 2327). Op te merken valt dat de doctrine daarbij frequent in eenzelfde adem verwijst naar Corte Suprema de Justicia de la Nación 27 december 1957 (*Siri*), *Fallos de la Corte Suprema Nacional*, Tome 239, 459 (o.a. Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo 1981, p. 49; Pardo Falcón 2003, p. 10), doch deze referentie naar Europese maatstaven al te vrijblijvend is (in vergelijkbare zin Sarazá Jimena 2008, p. 166, voetnoot 369), *in casu* betrof het aldaar immers een inbreuk op persvrijheid door een publieke autoriteit, nl. de politie, welke een uitgeverij gesloten had. Vanuit Argentijns oogpunt is de associatie evenwel inzichtelijk, in *Kot* (welk een fabrieksbezetting door arbeiders betrof), had het *Corte Suprema* zelf in verwijzing naar *Siri* verklaard dat 'tal distinción no es esencial a los fines de la protección constitucional' (daaraan onmiddelijk meer specifiek toevoegende 'Admitido que existe una garantía tácita

rechten algemeen werd aanvaard.[231] Meer nog, het blijkt dat reeds sedert aanvang der 20e eeuw een soortgelijke boodschap werd uitgedragen.[232] De Argentijnse ontwikkelingen zouden later zelfs de Spaanse constitutionalisering mee inspireren,[233] maar anderzijds zou deze doctrine nadien zelf ook uit de Duitse schoolvorming gaan putten,[234] zodat van een wisselwerking kan worden gewaagd. Opvallend is dat de Argentijnse ervaring ook niet alleen staat. In latere jaren zou zich doorheen gans Latijns-Amerika de tendens doorzetten om, (net als in Argentinië)[235] in bijzonder via ontwikkeling van de *amparo* procedure,[236] bepaalde fundamentele rechten ook in horizontaal perspectief gelding te verlenen.[237] Zo heeft derdenwerking, meestal zelfs ook buiten het kader van de *amparo* actie, erkenning gevonden in onder andere Colombia,[238] Bolivia,[239] Peru,[240] Chili[241] en zijn daarnaast ook andere

o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual (art. 33, Const. Nacional), ninguna reserva cabe establecer de modo que excluya en absoluto y a priori toda restricción que emane de personas privadas'), daarenboven vond met *Siri* een verruiming van de *amparo* procedure plaats die een uitspraak als *Kot Überhaupt* mogelijk maakte (*cf.* dit laatste aspect Fix-Zamudio 1971, p. 301).

231 Krotoschin 1964, p. 131.

232 Krotoschin 1964, p. 131 (onder verwijzing naar J.V. Gonzalez, *Manual de la Constitucion argentina*).

233 *Cf.* § 2.2.5.

234 Zie bijvoorbeeld De Vega García 2003, *passim*.

235 Art. 43 Constitutie: 'Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley […]'.

236 Zie o.a. Brewer-Carías 2008. De *Amparo* ('bescherming') betreft een vrij algemene rechtsingang voor individuen die hun fundamentele rechten geschonden achten (*cf.* de bepalingen aangehaald in voetnoten 235, 239 en 240).

237 Zie in bijzonder reeds de schets van Fix-Zamudio 1971, p. 299 *et seq.*

238 De horizontale werking van de *amparo* actie is neergelegd in art. 86 *Constitución Política jo. Decreto Ley* 2591 van 1991. Zie in bijzonder Cifuentes Muñoz 1998, p. 21 *et seq.* en Springer 2003, p. 332; verder o.a. Sarazá Jimena 2008, p. 173 *et seq*. Springer verwijst daarbij o.a. naar de Corte Constitucional uitspraken van 31 januari 1994, T-028/94 (klacht geluidsoverlast vanuit meubelmakerij), 22 november 1994, T-523/94 (verzet omwonende tegen varkenskweker verantwoordelijk voor vervuiling van het grondwater) en 9 december 1994, T-573/94 (actie van patiënt tegen hospitaal dat hem niet wou laten gaan zolang hij de kosten van behandeling niet had vergoed), alle met succes bekroond. Qua Colombiaanse derdenwerkingsdoctrine globaal zie o.a. Estrada 2000; Estrada 2003, p. 2443 *et seq.*; Cifuentes Muñoz 1998, p. 21 *et seq.*; meer generalistisch (*à la Wertordnung*) Tole Martínez 2006, p. 253 *et seq.* en tenslotte ondergeschikt de vaststellingen bij Restrepo 2002, p. 4.

239 Wat betreft de horizontale werking van de *amparo* procedure zie art. 19 Constitutie: 'Fuera del recurso de "habeas corpus" a que se refiere el artículo anterior, se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes'.

landen aan te duiden waar de *amparo* althans in deze mogelijkheid voorziet, zoals Paraguay en Nicaragua.[242] Ten slotte valt ook te wijzen op het belang van het *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, welk toeziet op de Amerikaanse mensenrechtenverklaring[243] en welke instantie evenzeer de *erga omnes* gelding van grondrechten uitdraagt.[244] Uiteindelijk blijft binnen Latijns-Ame-

240 Wat de *amparo* betreft zie art. 200.2 Constitutie: 'La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución […]'. Wat rechtspraak betreft kan o.a. verwezen worden naar Tribunal Constitucional 11 juli 2002 (*Fetratel*), Exp. 1124-2001-AA/TC ('La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38º de la Constitución, "Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)". Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, (…) En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional') en Tribunal Constitucional 13 maart 2003 (*Llanos Huayco*), Exp. 976-2001-AA/TC ('[…], esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad […]'). Zie m.b.t. derdenwerking in Peru o.a. Mendoza Escalante 2006, p. 1377-1392.

241 De horizontale gelding van de *amparo* procedure blijkt uit art. 20 Constitutie welk iets minder geprononceerd overkomt dan de overig aangehaalde bepalingen, maar toch overduidelijk aldus wordt erkend (*cf.* Aguilar Cavallo & Contreras Rojas 2007, *n.f.*; Martínez Estay 1998, *n.f.*; Sarazá Jimena 2008, p. 178; Ugarte Cataldo 2007, p. 58). Zie met betrekking tot derdenwerking in Chili meer algemeen o.a. Aguilar Cavallo & Contreras Rojas 2007, p. 205-243; Jana Linetzky 2001, p. (1-)24-30; Ugarte Cataldo 2007, p. 53 *et seq*. (zich meest uitgelaten uitsprekende alsdat 'en Chile, la eficacia horizontal ha sido plenamente recepcionada, y en su versión más radical: la eficacia directa o inmediata' (p. 58)).

242 Fix-Zamudio 1971, p. 302-303.

243 *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (*Pacto de San José*), 22 november 1969.

244 Zie in bijzonder Mijangos y González 2008, p. 1-31; secundair Carbonell 2004, *n.f.* O.a. kan worden verwezen naar de oorspronkelijk meer staatsverantwoordelijkheid gerichte uitspraken als CIDH 18 juni 2002 & 17 november 2004 (*Comunidad de Paz de San José de Apartadó v. Colombia*), para. 11 resp. 13 ('Que para tornar efectivos los derechos consagrados en la Convención Americana, el Estado Parte tiene la obligación de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. A juicio de la Corte, dicha obligación general se impone no sólo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares') (zie tevens concurring opinion van A.A. Cançado bij CIDH 18 juni 2002, par. 14: 'Tratase, a mi modo de ver, de un caso que requiere claramente el reconocimiento de los efectos de la Convención Americana *vis-à-vis* terceros (el *Drittwirkung*), sin el cual las obligaciones convencionales de protección se reducirían a poco más que letra muerta'); en in dergelijke zin verder CIDH 6 maart 2003 & 15 maart 2005 (*Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó v. Colombia*), para 11 resp. 9; CIDH 5 juli 2004 (*Pueblo indígena de Kankuamo v. Colombia*), para 11; CIDH 6 juli 2004 (*Pueblo indígena de Sarayaku v. Ecuador*), para 10; CIDH 6 juli 2004 (*Diarios El Nacional y Así es la Noticia v. Venezuela*), para. 12; CIDH 9 juli 2004 (*Carlos Nieto v. Venezuela*), para. 9; CIDH 4 september 2004 (*Emisora de Televisión Globovisión v. Venezuela*), para. 11; *etc.* en tenslotte het in werkelijke *erga omnes* zin gaande

rikaans kader voornamelijk Mexico eenzaam achterwege,[245] wat verrassend is aangezien de *amparo* procedure, die voor veel landen juist de doorweg vormde, hier tot haar ontplooiing kwam en onder deze invloed nadien door andere stelsels werd gerecipieerd.[246] Nochtans mag vanuit comparatief oogpunt het bereikte niveau van de Latijns-Amerikaanse leer niet worden overdreven, een uniforme uitwerking van het leerstuk bestaat niet[247] en in vergelijking met Europa hinkt de ontwikkeling wat achterop.[248] Vanuit deze laatste optiek lijkt dan ook de verrassende vaststelling verklaarbaar dat, hoewel ze op een zekere traditie kan terugbuigen die daarenboven een groot deel der Latijns-Amerikaanse stelsels verbindt, de blik binnen de contemporaine doctrine zeer sterk gefocust is op Europa. Uiteraard zijn hierin de taalverbonden Spaanse en Portugese bronnen vertegenwoordigd, maar is het bovenal de Duitse leer die met de aandacht lopen gaat, verwijzingen naar *Lüth* en grote Duitse auteurs (die meestal in vertaling beschikbaar zijn) zoals Alexy,[249] vormen werkelijk schering en inslag. Kortom, invloed vanuit Europa op (onder andere) de Latijns-Amerikaanse wereld mag niet over- doch evenmin onderschat worden: hoewel deze laatste een oorspronkelijke en autonome ontwikkeling bezit koppelt de huidige rechtsleer overduidelijk naar de Europese evolutie terug en ontleent daaraan inspiratie.

Samengevat heeft *Drittwirkung* al lang de grenzen van de oorspronkelijke kern-Europese *Kreis* overschreden.[250] Dat daarbij tijdens het receptieproces

---

advies (welk even bindend is als de verdragstekst zelf) CIDH 17 september 2003, nr. 18/03 (*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*), para. 140 *et seq*. (o.a. 'En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes)*. Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares').

245 Carbonell 2004, *n.f.*; Sarazá Jimena 2008, p. 190; Mijangos y González 2008, p. 4 (welke evenwel ook de andere stelsels, met uitzondering van Colombia, niet al te veel ontwikkeling terzake toedicht; zie tevens p. 21-23 m.b.t. recente invloed ICDH derdenwerkingsjurisprudentie op Mexicaanse rechtsinstanties). Zie tevens Fix-Zamudio 1971, p. 310.

246 *Cf.* Fix-Zamudio 1971, p. 299.

247 Sarazá Jimena 2008, p. 164.

248 *Cf.* Mijangos y González 2008, p. 4. Vgl. tevens Del Granado & Mirow 2008, p. 304 alwaar wordt gesteld dat, hoewel misbruik van de *amparo* actie een steeds groeiend probleem vormt, iets als een *mittelbare Drittwirkung* slechts langzaam ingang vindt.

249 In bijzonder de verscheidene herdrukken kennende vertaling van diens *Theorie der Grundrechte* (*Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales) en in ondergeschikte orde o.a. 'Epílogo a le Teoria de los derechos fundamentales', *REDC* 2002, nr. 66, p. 13-64.

250 Wordt daarenboven volstaan met een onbepaalde 'invloed', dan strekt de geldingssfeer zich uiteraard nog omvattender uit en valt onder meer Israël aan haar geldingsbereik toe te voegen (zie bijvoorbeeld Barak-Erez 1999b, p. 523 alwaar in deze de neiging naartoe 'the European tradition of indirect application of constitutional norms to private relations'

kleine wijzigingen zijn aangebracht is een vanzelfsprekend, doch binnen het kader van deze studie *in globo* verwaarloosbaar detail. De hier gepresenteerde gegevens omtrent de uitgestrekte toepassingssfeer fungeren *in se* immers slechts als achtergrondinformatie, bij voorkeur bijdragende aan kritische reflectie waar de aberraties, lacunes en overige pijnpunten van het leerstuk worden geduid. De lijn in dit hoofdstuk uitgezet is daar één van. Doel is immers niet een vrijblijvende beschrijving van de geldingssfeer van derdenwerking te verschaffen, wel een inzicht in ontwikkeling te schetsen, daar hieruit meer significante lessen kunnen worden getrokken dan algemeen wordt bevat. Daartoe weze hiernavolgend de evolutie in sterkere penseelstreken, en met onderkenning van de onderliggende dynamiek en socio-juridische achtergrond, gerecapituleerd.

2.3.2 Oorlogs- en grondrechtenretoriek

Ab Jove principe neigt de blik naar Duitsland en Italië. Tussen beide landen bestaat een duidelijke link, beide behoorden immers tot de asmogendheden. In rekening genomen dat de derdenwerkingsleer zich in deze landen sterk begint door te zetten vanaf eind jaren veertig, begin jaren vijftig, ontstaat het

---

versus de mindere invloed vanwege de traditioneel in Israël sterker staande Amerikaanse conceptie benadrukt wordt), dit in bijzonder onder stimulans van Barak, voorzitter van het Israëlische Hooggerechtshof en wiens visie sterk door de Duitse *Drittwirkungsleer* werd geïnspireerd (Cohen-Eliya 2004, p. 726; *cf.* o.a. Barak 1998). Met name wordt als centraal tot ontwikkeling van horizontale werking in Israël beschouwd diens opinie in de zaak Kastenbaum (Hooggerechtshof 30 april 1992 (*Hevra Kadisha 'Jerusalem Community' v Kastenbaum*), nr. 294/91, 46 (2) *PD* 464) (betreffende de ongeldigheid van een clausule in een standaardovereenkomst van een begrafenisonderneming overeenkomstig dewelke inscripties op de zerk enkel in Hebreeuwse letters en volgens Hebreeuwse tijdrekening vermocht te geschieden) alwaar Barak in algemene termen verklaarde geen twijfel te bestaan dat fundamentele rechten ook in interprivate verhoudingen doorwerken en slechts de wijze waarop nog aan bevraging onderhevig kon zijn (zie specifiek r.o. 20 (*et seq.*), wat de Duitse invloed betreft in bijzonder de referenties te r.o. 21-22; zie tevens Barak-Erez & Gilead 2007, p. 265). De symboolwaarde is des te significanter in de wetenschap dat het hier slechts een feitelijk *obiter dictum* in een *concurring opinion* betrof, terwijl de daadwerkelijke uitspraak de zaak volkomen afhandelde in het kader van de publiek-privaat distinctie, de begrafenisonderneming immers zowel formeel als substantieel als publiek lichaam aangeduid (in dergelijke zin overigens ook de derde – en in deze specifieke procedure (hooggerechtshof zetelend als hof van beroep) dus laatste – zetelende rechter in diens *dissenting opinion* alwaar gewaagd wordt van een duaal (lees: hybride) lichaam zowel onderworpen aan publiek- als privaatrecht). Pas na instemmende beschouwingen aangaande de ongeldigheid van dergelijke interactie als afkomstig van een publieke entiteit (r.o. 1-12), evenals – zoals de lagere rechter had geoordeeld – instemmend oordelende met de onverenigbaarheid van de bepaling met de Israëlische wetgeving op standaardovereenkomsten (r.o. 13-17; zij het dat ook hier Barak reeds naar grondrechten verwijst als schendt deze clausule het fundamentele recht op menselijke waardigheid (r.o. 16)), wordt door Barak werkelijk (en in subsidiaire orde (zie expliciet r.o. 28)) via het portaal van *public policy* de theorie van horizontale werking ingeleid.

vermoeden dat het voorgaande totalitaire verleden voor de ontwikkeling en propagatie van het leerstuk allerminst van belang is ontbloot.[251] Dat neigt naar het intrappen van open deuren, maar vreemd genoeg betreft het open deuren die voor de doctrine tot heden veelal bleken verheeld. Dat de mensonwaardigheid waartoe het recht van eertijds aanleiding gaf een terugkoppeling inspireert aan fundamentele rechten, die zich juist rond bescherming van menselijke waardigheid concentreren, is onmiddellijk inzichtelijk.[252] Ik zou echter verder gaan en zo grof zijn te stellen dat het niet eenvoudige *noodzaak* was die de derdenwerkingsleer propelleerde, dan wel (evenzeer) een verlangen *oorlogsretoriek middels grondrechtenretoriek te compenseren*. Weliswaar zou dan in eerste instantie tegengeworpen worden dat, zo dit al het geval mocht zijn, er geen verklaring bestaat waarom de laatste speler van de asmogendheden, Japan, geen gelijkaardige ontwikkeling ondervoelde.

De taalbarrière speelt de proponent, *affirmanti incumbit probatio*, uiteraard parten, maar feit blijft dat zelfs de enkele bevattelijke publicaties uitwijzen dat evenzeer Japan een soortgelijke evolutie doormaakte.[253] Ook hier nam het debat al vlug aanvang, zij het dat bepaalde Aziatische, eventueel specifiek Japanse gevoeligheden hierbij een afwijkende doch sturende invloed hadden.[254] Daaraan dient toegevoegd te worden dat een *omvattende*, *kritische* analyse van doorwerking van grondrechten in het privaatrecht vooreerst een meer dan oppervlakkige kennis van het privaatrecht zelf vereist (een element

251 Zie m.b.t. totalitarisme en constitutionalisering *in globo* Favoreu 2001, p. 670.

252 *Cf*. o.a. Marshall Barberán 2007, p. 208: 'El trauma que produjo el fenómeno nacionalsocialista en Alemania contribuyo a que después de la segunda guerra mundial, la dogmática de los derechos fundamentales recibiera especial atención'.

253 Zie o.a. Horan 1976, p. 860 *et seq*. Zie tevens Kitamura 1998, p. 181 *et seq*. waaruit een meer gematigde, doch wel degelijk gerealiseerde, evolutie tot erkenning van horizontale werking spreekt evenals Abe & Shiyake 1977, p. 613-615 waar het beeld van een toenmaals nog ambivalente (en wat de hogere regionen betreft voorzeker terughoudende) rechtspraak wordt geschetst. Ook de vrijheid van vakvereniging (als neergelegd in art. 28 Constitutie en *nota bene* gededuceerd uit gelijksoortige bepaling der *Weimarer Verfassung* (zie o.a. Okuno 2008, p. 139)) wordt beschouwd als een, weliswaar uiterst triviaal, exempel van derdenwerking (*cf*. Araki 2005, p. 137). Zie m.b.t. horizontale werking in Japan verder o.a. Iwasawa 1997, p. 285-287; Iwasawa 1998, p. 89-92.

254 Zie bijvoorbeeld het debat rond 'captive audience speeches' waarin de werkgever ageert tegen (lidmaatschap van) vakverbonden of politieke en religieuze boodschappen brengt en aldus de individuele vrijheid der werknemers bedreigt (zie uitgebreid Okuno 2008, p. 129-146; illustratief zijn onder andere de aldaar aangehaalde uitspraken *Dainintekku* (Chihô-saiban-sho Osaka 20 augustus 1999, 1072 *Hanrei Taimuzu* 185), betreffende een eis tot schadevergoeding van een werknemer wegens de aan hem opgelegde verplichting politieke verkiezingsspeeches te aanhoren, welke door de rechtbank met het oog op zijn zelfbeschikkingsrecht als afgeleide van politieke- en meningsvrijheid inderdaad werd toegekend, en *Mie Ube Namakon* (Chihô-saiban-sho Nagoya 26 april 1963, 14 *Rôminshü* 668) waarin onrechtmatig werd geoordeeld het ontslag van een werknemer wegens diens weigering deel te nemen aan van arbeidswege voorgeschreven lezingen en rituelen van een religie die zijn goedkeuring niet wegdragen kon, daarbij in rekening nemende dat de Japanse grondwet eenieder vrijheid van religie garandeert.

volkomen genegeerd in de meest dagdagelijkse doctrine), zodat wat Japan betreft niet in details kan worden getreden. Desondanks betekent dit echter dat kan worden gesteld dat in alle asmogendheden na de capitulatie zich een noodzaak deed gevoelen tot herbronning in grondrechten, ook wat het privaatrecht betrof.

Daarmee is dan wel een oorspronkelijke band tussen totalitair verleden en de opkomst van het derdenwerkingsleerstuk geïllustreerd, maar voorzeker blijft haar status als hooggestemd, ongenaakbaar en vernieuwend principe daarbij onverlet. Hoogste tijd om haar eerste, meest elementaire *moment de gloire*, met name de erkenning door het triumviraat der hoogste Duitse gerechtshoven, nog eens aan nadere, scherpere analyse te onderwerpen. Opvallend is daarbij in de eerste plaats het beeld dat in moderne doctrine opgehangen wordt van de plotse genese van dit leerstuk. Het lijkt als het ware uit het niets te verschijnen en wordt aldus deelachtig aan de messiaanse allures waarmee dergelijke *actes de présence* in de regel gepaard gaan. *Nie sollst du mich befragen, noch Wissens Sorge tragen, woher ich kam der Fahrt...*[255] en diens meer. De werkelijkheid is minder poëtisch. In feite werd slechts voortgebouwd op ontwikkelingen uit het interbellum die door de welbekende socio-politieke ontwikkelingen niet tot volle wasdom hadden kunnen komen. Niet enkel was onder de Weimarrepubliek de kiem voor verdere theorievorming gelegd,[256] maar ook bevatte haar Constitutie twee bepalingen met uitdrukkelijk horizontale gelding. De 'revolutionaire' uitspraak van het *Bundesarbeidsgericht* had zelfs weinig meer om het lijf dan de toepassing van (de *Bonner Grundgesetz*' recapitulatie van) een dezer. Bevreemdend is hoe esoterisch deze wetenschap wel is geworden. Doctrinaire referenties aan deze derdenwerkingantecedenten uit de *Weimarer Verfassung* zijn van ongekende schaarste en duidelijk uitdovend.[257] Voor huidige generaties Duitse juristen is dit verleden dan ook compleet in vergetelheid vervallen. Verbazen doet dit niet, het past binnen de gesignaleerde tendens om Weimar met alle zonden des werelds te overladen en tot karikatuur te herleiden. Het is deze sfeerschepping die een tragisch simplisme heeft doen postvatten waarin ruimte is voor boude beweringen alsdat in de Weimarperiode 'Grundrechte im Privatrechtsverkehr überhaupt keine Rolle'[258] speelden, en deze assertaties zelfs de norm gaan uitmaken. Dit ten koste van de waarheid, maar uiteraard in het voordeel van *Drittwir-*

255 Wagner, *Lohengrin*.

256 *Cf.* o.a. De Vega García 2003, p. 2320.

257 Tot de jaren zestig worden deze bepalingen in gespecialiseerde Duitse literatuur nog met enige frequentie aangehaald en terloops ook in internationale doctrine overgenomen (zo bijvoorbeeld bij de Nederlandse Boukema 1966, p. 23 en de Zwitserse Huber 1955, p. 180). Nadien is een sterke terugval te constateren (excepties o.a. Rüfner 2000, p. 550; Starck 2001, p. 101 en Schwerdtner 1973, p. 378) en als gevolg verdwijnen soortgelijke referenties dan ook evenzeer uit de overige, aan Duitsland externe, publicaties.

258 Zo o.a. Guckelberger 2003, p. 1154.

kung, hetwelk *a contrario* zelfs als reactie op de grondrechtsonvermogendheid van Weimar en haar nationaalsocialistisch uitvloeisel wordt gepercipieerd.

Nochtans dient vastgesteld te worden dat, hoewel derdenwerking dus geen volkomen vernieuwend concept was, er na 1949 plots wel een sterke(re) nadruk op kwam te liggen. De verklaring daarvoor gegeven bedient zich onveranderlijk van termen als noodwendigheid en noodzakelijkheid: de ontoereikendheid, het onvermogen van het privaatrecht zou rechtstreeks verantwoordelijk zijn voor hulpverlening vanuit de grondrechtelijke sfeer. Bekijkt men de oorspronkelijke Duitse rechtspraak, dan valt op hoe betrekkelijk weinig de realiteit met deze verklaring van doen heeft. Veelal lijkt deze jurisprudentie vooreerst een verschuiving in terminologie te representeren: de grijze privaatrechtsnormen ruimen de baan voor meer edele grondrechtsnormen. Meest illustratief is nog de tactiek van het *Bundesgerichtshof*: waar de reguliere rechtsinstanties zich tevreden stelden met aanwending van privaatrechtsnormen om een echtgenote te beschermen tegen de opname door de (ex-) partner van diens minnares in de (nabijheid van de) echtelijke verblijfplaats, toont het *Bundesgerichtshof* plots de behoefte om zich daarbij van fundamentele normen te bedienen om vervolgens tot een volkomen gelijklopende argumentatie en conclusie te komen. Een inhoudelijke verklaring voor dit *recours* is niet voorhanden, zodat de omschakeling in de afdeling *wordplay* te klasseren valt.

Maar er blijkt met deze jurisprudentie *in globo* meer aan de hand dan een eenvoudig opleuken van de afgeleverde rechtspraak. De *wordplay* neigt, kortom, naar *swordplay*. En daarmee verschijnt opnieuw de these van 'oorlogsretoriek gecompenseerd door grondrechtenretoriek' ten tonele. Codewoord dat dit alles het duidelijkst illustreert, is het '*Wertsystem*' uit de *Lüth* uitspraak.

Immers, *Drittwirkung* was er erg geschikt om breuk met een 'onrechtsstaat' te symboliseren, niet enkel naar norm, als de hooggestemde, semi-oncorrumpeerbare bepalingen die fundamentele normen lijken te zijn, maar ook naar methode. Na de oorlog had namelijk de opvatting opgang gemaakt dat het de positivistische rechtsbenadering was die voor de ontsporing van Duitse jurisprudentie had gezorgd.[259] 'Gesetz ist Gesetz' werd symbool voor de faling van het rechtssysteem.[260] Het krachtdadige optreden dat na de *Wende* van het *Bundesverfassungsgericht* verlangd en verwacht werd,[261] kon daarom uit niets anders bestaan dan een duidelijk contrapunt, namelijk een 'wertorientierte Haltung'.[262] Tegelijk zou daarmee de nieuwe orde ook de betrachte begronding krijgen.[263] Vanuit deze optiek bediende het *Bundesverfassungsgericht* zich al snel van de grondrechtencatalogus als 'verbindlicher Wertent-

259 Zie bij uitstek Radbruch 1946, p. 105 *et seq*. Zie terzake o.a. Stolleis 2005, p. 297.

260 *Cf*. Radbruch's klassieke frase 'Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung "Gesetz ist Gesetz" den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts' (Radbruch 1946, p. 107)).

261 Wahl 2005, p. 384-385.

262 Stolleis 2005, p. 297.

263 *Cf*. Wahl 2005, p. 385.

scheidung'.[264] Welke koers het daarbij beoogde te varen wordt echter pas geheel duidelijk bij het *Lüth* arrest, waar de betekenisvolle term 'Wertsystem' valt. Heden staat dit woord symbool voor de *Lüth* uitspraak zelf, maar de wortels ervan voeren dieper, met name opnieuw tot in Weimar.

Immers, hoewel dit nergens in het arrest wordt geëxpliciteerd, vormt het een onmiskenbare terugkoppeling aan de *Integrationslehre* van Rudolf Smend,[265] een der meest prominente anti-positivisten van Weimar. De drijfveren achter deze terugkoppeling zijn duidelijk, zoals ook Henne terecht stelt: 'weil nach 1945 die Weimarer Positivisten lange Jahre weitgehend als wissenschaftlich diskreditiert galten, konnte nur eine Anknüpfung an die Grundrechtstheorien der Antipositivisten erfolgen'.[266] Smend vormde daarbij het meest voor de hand liggende referentiepunt.[267] Centraal thema in diens leer vormde de *integratie* van het individu binnen de (politieke) volksgemeenschap.[268] Onderscheid werd gemaakt tussen persoonlijke,[269] functionele,[270] en zakelijke integratie. Deze laatste categorie stond voor de volksverbondenheid bewerkstelligd door en vertegenwoordigd in bijvoorbeeld de symboolkracht van de vlag, het gemeenschappelijke grondgebied en de taal, maar evenzeer de nationale grondrechtencatalogus. De in de Constitutie neergeschreven grondrechtencatalogus is voor Smend echter maar een betrekkelijk instrument. Haar waarde schuilt erin dat ze een (overigens onvolmaakte) neerslag vormt van de hierachter liggende, preconstitutionele grondwaarden waarin het volk zich erkent en bestaat. De grondrechtencatalogus

> will eine sachliche Reihe von einer gewissen Geschlossenheit, d.h. ein Wert- oder Güter-, ein Kultursystem normieren, und er normiert es als nationales, als das System gerade der Deutschen, das allgemeinere Werte national positiviert, eben dadurch aber den Angehörigen dieser Staatsnation etwas gibt, einen materialen Status, durch den sie sachlich ein Volk, untereinander und im Gegensatz gegen andere, sein sollen.[271]

---

264 *Cf.* o.a. BVerfG 23 oktober 1952 (*SRP-Verbot*), *BVerfGE* 2, 1; BVerfG 17 augustus 1956 (*KPD-Verbot*), *NJW* 1956, 1393; BVerfG 16 januari 1957 (*Elfes*), *NJW* 1957, 297; BVerfG 17 januari 1957 (*Steuersplitting*), *BVerfGE* 6, 55.

265 O.a. Bryde 2007, p. (193-194 *jo.*) 196; Lindner 1999, p. 4; Lindner 2005, p. 13; Ruppert 2005, p. 342 *et seq.*; Staff 2005, p. 319 en in dergelijke zin tevens doch minder expliciet Müller 2006, p. 282; zie tevens Böckenförde 1974, p. 1533 en Henne 2005, o.a. p. 220.

266 Henne 2005, p. 213.

267 *Cf.* Henne 2005, p. 213; Stolleis 2005, p. 297.

268 De visie werd oorspronkelijk neergelegd in 'Verfassung und Verfassungsrecht' uit 1928; navolgende referenties bedienen zich van een herdruk in een verzamelwerk uit 1968 (nl. Smend 1968).

269 D.w.z. in bijzonder middels figuren als een monarch, Führer of deelgenoten van de regering welke de volkseenheid personifiëren en aldus de integratie bevorderen (*cf.* Smend 1968, p. 142-148).

270 D.w.z. collectieve sociale gebeurtenissen die de volksverbondenheid bekrachtigen (o.a. verkiezingen) (*cf.* Smend 1968, p. 148-160).

271 Smend 1968, p. 264.

Los van deze context (en haar vermogen tot integratie) behoort de catalogus noch een individueel grondrecht enige betekenis toe te komen. Formalisme, een grondrecht naar diens oorspronkelijke betekenis, in plaats van in diens samenhang met 'der gegenwärtigen Lebensordnung und verfassungsmäßigen Wertkonstellation' uit te leggen, is uit den boze; overigens zijn sommige der gecodificeerde grondrechten zo vanzelfsprekend of nietszeggend dat ze *an sich* weinig tot integratie bijdragen.[272] Evenzeer dient verketterd te worden de liberale kortzichtigheid die mensenrechten ten onrechte tot hun secundaire, staatsafwerende functie herleidt en daarmee verkeerdelijk riskeert de navelstreng met de achterliggende grondwaarden te verbreken.[273] Kortom, in de visie van Smend kan de grondrechtencatalogus enkel bestaan als vertegenwoordiger van waarden die aan het geheel ten gronde liggen en welk laatste *Wertsystem* als geheel de gehele rechtsorde doordringt. Hieruit volgt onder meer dat grondrechten fungeren als 'mindestens Auslegungsregeln für das positive Recht'.[274] De inspiratie voor het *Lüth* arrest, dat zelfs gelijkluidende bewoordingen zal hanteren,[275] is daarmee duidelijk.[276]

Waarom de terugkoppeling door het *Bundesverfassungsgericht* aan deze auteur zo onuitgesproken, schijnbaar zelfs verheeld, gebeurde is onduidelijk.[277] Naar Ruppert oppert kan dit verband houden met het feit dat deze instantie steeds spaarzaam met literatuurverwijzingen omspringt;[278] een meer plausibele verklaring bestaat er in dat (de school) Smend te dien tijde zelf reeds de eigen leer had gerelativeerd en daarmee niet meer dezelfde strekking uitdroeg als het *Bundesverfassungsgericht* op zich zou nemen[279] zodat expliciete verwijzing door deze laatste instantie ook minder opportuun werd. De werke-

272 Smend 1968, p. 217.

273 *Cf.* Smend 1968, p. 215-216.

274 Smend 1968, p. 266.

275 Tegelijk is echter ook divergentie vast te stellen. Zo (o.a.) benadrukt *Lüth* de functie van grondrechten als in de eerste plaats afweerrechten en pas in tweede instantie belichamen ze de neerslag van een 'objectief' waardencomplex ('Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objective Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt'). In de leer van Smend is de verhouding juist inversief: de *Wertordnung* staat centraal en de afweerfunctie tegenover de Staat betreft slechts een secundair, daarvan afgeleid aspect.

276 Zie voor de invloed van Smend op de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht *in globo* o.a. Lepsius 2003, p. 363 en verwijzingen aldaar. Veelzeggend is alvast de commentaar van Hennis welke Smend eenvoudigweg als *Hausgott* van het Bundesverfassungsgericht betitelt (Hennis 1999, p. 356).

277 Wel wordt naar Smend's lezing in 1927 voor de *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Smend 1928) verwezen, doch zonder auteurs- of zelfs maar titelvermelding ('sowie Veröffentl. der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 4, 1928, S. 6 ff., bes. S. 18 ff., 51 ff.'). Geweten is dat in de conclusies der procespartijen wel veelvuldig aan Smend werd gerefereerd (*cf.* Ruppert 2005, p. 342-343).

278 Ruppert 2005, p. 343.

279 *Cf.* Günther 2005, p. 308 *et seq.*, in bijzonder p. 311; vgl. tevens Staff 200, p. (318-) 319.

lijke verklaring kan in het midden blijven. Wat echter aan niet de minste twijfel onderhevig is, is de anti-positivistische aandrang die het *Bundesverfassungsgericht* in *Lüth* (en voorgaande rechtspraak) tentoon spreidde en welke deze rechtspraak uiteindelijk heeft gemaakt tot wat ze is. Heel de idee van derdenwerking is niet gegroeid uit een zuivere bekommernis een ontoereikend privaatrecht te compenseren, maar uit een systeemdenken dat tot doel had een breuk met het zogenaamde positivistische onrechtsstaatsverleden te beklemtonen.

Vanuit deze optiek is overigens ironisch dat geheel dit diskrediet waarin het positivisme werd gestort naar huidige inzichten absoluut onterecht blijkt.[280] Reeds in de herfstjaren van de Weimarrepubliek had het positivisme afgedaan[281] en na de machtsovername in 1933 waren het voornamelijk de positivisten geweest die zich op de achtergrond hadden teruggetrokken.[282] Anderzijds had reeds onder de Weimarrepubliek de tendens postgevat om 'die Legitimität allen Rechts von weiten Teilen der herrschenden (antidemokratischen) Lehre aus der "unmittelbar(en) Gewißheit einer höheren objectiven Ordnung", aus einem "Kultursystem von individueller Werthaftigkeit"' te deduceren.[283] Onder het Naziregime was dit uiteraard niet anders geweest; toen werd evenzeer het privaatrecht onder gelding van de (Staat als)[284] Constitutie gebracht. Niet enkel de bestaande,[285] maar evenzeer nieuwe normen zouden instaan voor de realisatie der 'hogere waarden' van het Nationaal-Socialisme.[286] Kortom, vanop afstand beschouwd, blijkt de naoorlogse constitutionalisering van het privaatrecht niet zo radicaal verschillend.[287] Een verklaring bijvoorbeeld alsdat 'privaatrechtelijke principes vallen te karakteriseren

280 Grosswald Curran 2003, p. 221-222 (& 225) (zie tevens Grosswald Curran 2005, p. 506-507); Mahlmann 2003, p. 232-233.

281 Vgl. overigens de commentaar van Stolleis 2003b, p. 2 alsdat 'the polemical criticism of legal positivism that had prevailed throughout the Weimar period and the Nazi period' na de oorlog onverminderd werd gecontinueerd, '[o]nly the anti-Jewish aspect of the arguments, such as the attacks against Hans Kelsen, disappeared'.

282 *Cf.* Mehring 2000, p. 313.

283 Staff 2005, p. 316 (onder verwijzing naar in bijzonder E. Kaufmann, 'Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung', (3) *VVDStRL* 1927, p. 2 *et seq*.).

284 *Cf.* Schmitt 1928, p. 4: 'Der Staat hat nicht eine Verfassung, der Staat ist Verfassung'. (Schmitt geldt als kroonjurist van het Nationaal-Socialisme (zie o.a. Mehring 2000, p. 314; meer uitvoerig Neumann 2000, p. 280-290; Singh Ghaleigh 2003, p. 49-53)).

285 In bijzonder de door het *Drittwirkungs*leerstuk geprezen, en voor indirecte derdenwerking essentiële, *Generalklauseln* (*cf*. in bijzonder Rüthers 2005, p. 210 *et seq*. en verder o.a. Roques 2006, p. 166-167, 173-174; Linder 1987, p. 2: '[…] many jurists regarded general clauses as an optimal tool for incorporating Nazi ideology into laws pre-dating the Nazi regime […]').

286 Staff 2005, p. 317.

287 Vgl. *in globo* tevens de opmerking van Stolleis 2003b, p. 2 m.b.t. de na-oorlogse sfeer van anti-positivisme alsdat '[i]t also meant that general or blanket clauses found favour as points where the new political order could revert to older law, precisely repeating the patterns of 1933 – though this time around it seemed excusable because the "contents" were right now'. Associatie met indirecte derdenwerking is onvermijdelijk.

als *species* van het publiekrecht in de privaatrechtelijke context',[288] gedaan in het kader van een Duits-Italiaans project tot herschoeïng van het contractenrecht op nationaalsocialistische *c.q.* fascistische leest, lijkt zo aan een hedendaagse *Drittwirkung* (of meer algemeen constitutionaliserings-) publicatie ontrukt. Geheel cynisch wordt dit beeld echter wanneer men weet dat deze woorden van de hand zijn van H.C. Nipperdey, welke na de oorlog uitgroeien zou tot belangrijkste, meest uitgesproken proponent van *Drittwirkung* en als voorzitter van het *Bundesarbeitsgericht* in feite het beslissende startschot geven zou. Nipperdey bekleedde tijdens het naziregime immers verscheidene vooraanstaande posten,[289] maar aan zijn reputatie heeft dat weinig afgedaan.[290] Overigens, zonder specifiek op Nipperdey te duiden, is wel meer geopperd dat het na de oorlog die auteurs waren die voorheen het meest met het naziregime waren verbonden geweest welke zich nadien als meest fervente verdedigers van (doorwerking van) grondrechten opwierpen.[291]

Wat van dit laatste ook zij, het is duidelijk dat de *Lüth* uitspraak zich om wel wat meer bekommerde dan remediëring van het privaatrecht, maar integendeel sterk geïnspireerd werd door een verlangen tot rechtspolitieke distantie van het verleden. 'Worauf sollte denn in Abkehr von aller machtstaatlichen und menschrechtsverachtenden Politik der nationalsozialistischen Zeit die neue Ordnung anders und besser gegründet werden als auf Werte?'.[292]

Overigens speelden daarnaast *nog* andere, weinig 'altruïstische' factoren. Zo was het *Lüth* oordeel evenzeer bedoeld als sneer naar het *Bundesgerichtshof*, waarmee het *Bundesverfassungsgericht* toenmaals in machtsstrijd was verwikkeld en welk geclaimd had het werkelijke opperste gerechtshof te zijn.[293] Evengoed had ook het *Bundesarbeitsgericht* kort voorheen nog beweerd dat haar houding van directe werking in overeenstemming stond met de opvatting van het *Bundesverfassungsgericht*, zodat ook hier een reprimande zich opdrong.[294] Samengevat een overvloed aan factoren die weinig gemeen hebben met het hooggestemde, idealistische karakter waarmee de *Lüth* uitspraak nochtans vereenzelvigd wordt.

---

288 H.C. Nipperdey in 'Il comitato giuridico Italo-germanico per la riforma del diritto del obbligazioni', *Rivista di diritto commerciale* 1938, I, 437 in vertaling weergegeven in Monateri & Somma 2005, p. 60.

289 *Cf.* Hollstein 2006 p. 44 *et seq*. Zie specifiek wat zijn betrokkenheid bij de voormelde Duits-Italiaanse *Schuldrechtsreform* betreft Somma 2005, p. 416-417.

290 Vogenauer 2006, p. 638.

291 Vgl. o.a. namen genoemd te Stolleis 2003b, p. 6 (*et seq*.).

292 Wahl 2005, p. 385.

293 *Cf.* Henne 2005, p. 211-212 (specifiek in referentie aan de *Lüth* antecedent *Elfes* (BVerfG 16 januari 1957, *NJW* 1957, 297 (waarin overigens reeds gesteld dat 'zur Fortbildung des Verfassungsrechts in erster Linie das Bundesverfassungsgericht berufen ist')).

294 BAG 10 mei 1957, *BAGE* 4, 274. Zoals Götz 1990, p. 39 stelt zou zonder deze BAG jurisprudentie de Lüth uitspraak amper denkbaar zijn geweest.

2.3.3 Europa in perspectief

Beschouwt men de globale Europese ontwikkeling van op afstand, dan valt onmiddellijk één enkele constante op, namelijk hoezeer (in een aantal landen) horizontale werking in het traditionele (privaatrechtelijke) denken zit ingebakken: in Zwitserland en Oostenrijk is het per definitie geïncorporeerd, in Frankrijk zou ontkenning een belediging uitmaken, de Belgische daaraan terugkoppelende evolutie blijkt zich evenzeer sinds oudsher van 'fundamentele waarden' te bedienen en ook de oud-Nederlandse impressie schijnt hierin een neologisme te erkennen.

Meer in detail heet dat als volgt. In Oostenrijk ging het *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, dat in feite de gelding van fundamentele normen heeft vorm gegeven, voorop, nadien pas werd hieruit bij deductie de grondrechtencatalogus geredigeerd. Soortgelijk gold in Zwitserland art. 27-28 *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* reeds lang als een brug tussen het publieke en het private domein; ook hier waren de rollen omgedraaid: het publiekrecht diende zich te richten naar en te inspireren op de fundamentele waarden uit het privaatrecht, in het bijzonder deze uit art. 27-28. Overigens kent Zwitserland reeds in 1878 rechtspraak van het Hoogste Gerechtshof waarin grondrechten *directe* werking wordt gegeven, een feit dat des te meer in rekening behoort te worden genomen in wetenschap van de anderzijds terughoudende houding die dit Hof ook in de laatste decennia nog tegenover deze praktijk heeft aangehouden. In Nederland werd het leerstuk reeds opgeworpen bij de prille aanvang van de 20e eeuw en in 1949 blijkt de redactie van de *NJ* met vanzelfsprekendheid privaatrechtelijke fundamentele normen en grondrechten onderling inwisselbaar te houden, ook in naam. In Frankrijk wordt derdenwerking door menig auteur reeds geruime tijd, zij het eerder impliciet, in het recht aanwezig geacht, de juiste herkomst onbekend maar met alvast een trotse referentie aan de Verklaring van 1789. Overigens, ook hier weer rechtspraak van voor de derdenwerkingstheorie een Duits exportproduct werd. Opvallend is dat in deze landen, en hieraan kan ook België toegevoegd worden, de doctrine achter de feiten aanloopt: ze moet vaststellen dat rechtspraak derdenwerking, reeds voor het tot een dogmatisch vraagstuk werd verheven, zonder theoretische overwegingen toepast.

Anderzijds staan hiertegenover Duitsland en Italië (evenals, met het nodige voorbehoud, Japan), waar horizontale werking ten zeerste benadrukt werd als discontinuum ten aanzien van het (juridische) verleden,[295] en waaraan

295 Oostenrijk, met een verwante doch minder intense imagoschade bekleed, wordt hierbij terecht uitgezonderd aangezien hier geen *mea culpa* teneur overheerste en in consequentie dus geen nood tot compensatie middels grondrechtenretoriek bestond (vgl. overigens Rosenzweig 1978, p. 470: 'Die Bezeichnung der Grundrechte als "objektive Prinzipien der Verfassungsordnung" oder als "wertentscheidende Grundsatznormen" wird in der Terminologie der Erkentnisse des [österreichische] Verfassungsgerichtshofes nicht verwendet. Es entstand in der Judikatur *kein aus der historischen Entwicklung begründetes Bedürfnis "einer*

in tweede generatie Portugal en Spanje, decennia nadien met een gelijkaardige urgentie geconfronteerd, kunnen worden toegevoegd. De Europese fractie kortom waar de eigen historiek diskrediet over hun samenspel met mensenrechten had uitgeroepen. Terugblik naar verleden was hierbij geheel ongeoorloofd. Associatie met een nieuwe maatschappijvisie des te meer: opvallend is hoezeer, in samenspel met *Drittwirkung*, het solidaire karakter van het recht in deze benadrukt wordt.[296]

Daarmee is een breuklijn duidelijk die nadien zou worden verheeld. Het bij uitstek retorische middel, de reactie op judiciële aberraties uit het verleden dat derdenwerking oorspronkelijk was, werd in andere landen waar deze context ontbrak met verval van dergelijke connotatie gerecipiëerd. Deze receptie was bij uitstek een doctrinaire onderneming die aan de eigen jurisprudentie, waar gelijkaardige garanties reeds van oudsher (al dan niet onder uitdrukkelijke referentie aan grondrechten of meer onbepaalde vrijheden) werden verschaft, voorbijging en het concept daarentegen als vernieuwend fêteerde, ook tegen beter weten in. Het was de doctrine die haar promotie verzorgde en het, daarbij geen hyperbolen schuwende, tot disproportionele proporties bracht. Wat typeerde was en is daarbij een steeds verder gaande abstrahering van de wortels en de werkelijke rechtspraak evenals een overdreven, kunstmatig *air* van complexiteit.

Illustraties van het eerste aspect zijn diepgravend en manifest. Het gaat dan niet enkel om het feit dat bijvoorbeeld de Nederlandse, Belgische en Franse doctrine uiteindelijk tegenover het inzicht staan dat wat ze tot een ingewikkeld rechtstheoretisch *summum* trachten te verheffen, in de rechtspraak reeds zonder uitwijdingen en merkbare aarzeling had plaatsgevonden, maar evenzeer de specifiek Duitse variant daarop waarbij de Weimarse antecedenten in vergetelheid worden gestort en geheel deze periode daarentegen wordt ingepast in een immer polariserende voorstelling waar voor nuanceringen geen plaats overbleef en Weimar als afschrikbeeld achterblijft terwijl het juist als springplank naartoe derdenwerking diende, of de Zwitserse inversie van art. 27-28 ZGB, welke bepalingen eertijds als inspiratiebron golden voor de algehele suprematie van fundamentele waarden en daarmee juist een theorie als *Drittwirkung* (grotendeels) overbodig maakten,[297] maar heden (als ware het een juridische patricide) tot portaal voor doorwerking van grondrechten zijn gedegradeerd.

Illustraties van het tweede aspect zijn eerder detaillistisch, maar daarom niet minder significant. Het gaat daarbij om de veelvoorkomende teneur het leerstuk meer omstreden, *ergo* baanbrekender, voor te stellen dan het is, zelfs in landen waar enige resistentie slechts kan worden bespeurd met hulp van

---

Distanzierung von Geisteshaltung eines wertfreien Gesetzespositivismus"' (mijn cursivering)).

296 Zie o.a. Duitsland (*cf.* o.a. Limbach 2000, p. 159-160); Italië (*cf.* Gambaro 1998, p. 176-177, zie tevens p. 172); Portugal (Pereira da Silva 1987, p. 262-265).

297 *Cf.* o.a. Rensmann 2007, p. 75-76.

spreekwoordelijk vergrootglas.[298] Evengoed wordt de eigen nationale verdienste, vooruitstrevendheid daarbij uitvergroot, als eenzame voorvechter in de frontlinie naartoe een juridisch Arcadia.[299]

2.4 CONCLUSIE

Horizontale werking is als fenomeen volgroeid binnen de onzekerheid en sfeer van morele blamage die het Duitse naoorlogse rechtsdenken kenmerkte. Daarin vond zij haar voedingsbodem en was ze, wegens haar deelachtigheid aan de verhevenheid die van fundamentele rechten uitgaat, tegelijk excellent respondent: absolute werking van grondrechten als antwoord op misstanden uit het verleden.[300]

Het was de eerste maal dat totalitaire demonen aldus uitgedreven werden, maar het zou al snel een 20e eeuwse juridische wetmatigheid blijken, een natuurlijke dynamiek die zich evenzeer manifesteerde in aanverwante situaties

298 Zo onder andere merken de Zwitserse auteurs Häfelin & Haller *anno* 1984 dat omstreden is of grondrechten tussen private personen werken (Häfelin & Haller 1984, p. 328, nr. 1100) terwijl op dat ogenblik bijna nergens dan in Zwitserland de doctrinaire eensgezindheid zo groot is dat dit inderdaad het geval is, het principe reeds was erkend binnen de rechtspraak, neergelegd was in enkele der deelstatelijke Constituties en de opportuniteit van een expliciete federale grondwetsbepaling werd besproken. Meer relatief is dan bijvoorbeeld de gelijkluidende assertatie van de Belgische auteur Hendrickx in 1999 (dat 'derdenwerking nog zeer betwist is'; Hendrickx 1999b, p. 20) maar ook aldaar kan op dat moment zeker niet van betekenisvolle weerstand worden gesproken (hoogstens enkele incidentele kritiek), werd het principe vlot toegepast in de rechtspraak (vgl. o.a. Fierens & Wéry 2001, p. 81), staat *anno* 2001 zelfs in de parlementaire stukken te lezen dat de rechtsleer duidelijk positief ten aanzien van het leerstuk staat (Herziening van de Grondwet: Herziening van artikel 23 van de Grondwet ter Waarborging van een recht op communicatie en mobiliteit (voorstel D. Pieters), *Parl. St.* Kamer (België) 1999-2000, nr. 468/1, p. 12) en heet het in diezelfde bronnen in 2007 in letterlijke bewoordingen dat '[h]et idee dat fundamentele rechten en vrijheden geen derdenwerking zouden hebben, is totaal voorbijgestreefd.' (Commissie Institutionele Aangelegenheden 2007, p. 12).

299 Zie bijvoorbeeld Vieira de Andrade 1983, p. 275, voetnoot 43: 'Praticamente, o problema não se põe nos outros países, onde se entende que os direitos fundamentais só valem contra o Estado' (naast de Duitse rechtsleer en het debat in Portugal). Typerend is evenzeer de uitlating van Rivero als hekelende de (beweerde) neiging van Duitsland en Oostenrijk vast te houden aan de traditionele conceptie dat fundamentele rechten in essentie een afweermiddel tegenover de Staat zijn maar deze niet laten gelden in verhoudingen tussen particulieren (Rivero 1982, p. 523).

300 Zie bijvoorbeeld ook LG Hamburg 22 november 1951, 15 O 87/51 (aangehaald in Krüger 1954, p. 369: 'Die Meinung der Bekl., daß die dem Staat ausdrücklich verwehrte Beeinträchtigung von Grundrechten gleichwohl dem einzelnen Staatsburger gestattet sei, ist nach Überzeugung des Gerichts mit dem Sinn eines Grundrechts nicht in Einklang zu bringen, und zwar um so weniger, als gerade das deutsche Volk in der Vergangenheit sehr eindringlich darüber belehrt worden ist, wohin es führt, wenn ein einzelner […] glaubt, die Freiheitsrechte seiner Mitbürger ausschalten zu können'.

als welke zich voordeden in Italië, Japan, Spanje, Portugal en meer recent nog Zuid-Afrika.

Toch vond *Drittwirkung* geleidelijk aan ook doorgang in naties zoals België, Nederland, Zwitserland en Frankrijk waar deze achtergrond ontbrak. Bevreemdend, maar niet onoverkomelijk, want wat met name de drijvende kracht achter deze evolutie bleek was nieuwgezinde doctrine die min of meer tot eigen verbazing vaststellen moest dat wat door hen als modern werd gepresenteerd in de eigen jurisprudentie reeds lang voorheen vanzelfsprekend werd geacht. Verbazingwekkend genoeg blijkt dat echter een inzicht dat steeds weer opnieuw verworven dient te worden, getuige daarvan de meeste contemporaine publicaties die ook heden begeesterd de *Umwertung aller Werten* uitroepen vanwege een figuur die zich reeds bijna anderhalve eeuw geleden in haar meest rigide verschijningsvorm voordeed.

Het is echter in het licht van deze jurisprudentie dat ook vragen rijzen bij de maagdelijkheid terzake van landen waarin *Drittwirkung* een historisch geïnspireerde antithese uitmaakte. En deze vragen blijken, enkel reeds bij studie van moederland Duitsland waar *Drittwirkung* naar algemeen verhaald wordt plots opdook aanvang jaren vijftig, zonder meer legitiem: niet enkel was het kernconcept reeds onder de doctrine van de Weimarrepubliek vertegenwoordigd, maar stond het voor bepaalde fundamentele rechten zelfs expliciet in de toenmalige grondwet ingeschreven en verkreeg het aldus ook jurisprudentiële toepassing. Kortom, wat na de oorlog plaats greep was geen juridische revolutie maar een voornamelijk retorisch geïnspireerde voortzetting van een voorheen geïnitieerde ontwikkeling: pas het verlangen zich tegen het bezoedel(en)de verleden af te zetten (eventueel het in de onzekerheid van de *Nachkriegszeit* aangevoelde verlangen zich op kernwaarden te heroriënteren) gaf de doorslag, een these die des te duidelijker blijkt uit oorspronkelijke *Drittwirkung*-jurisprudentie waar voorheen vaststaande privaatrechtelijke rechtspraak opeens zonder verdere alteratie in fundamenteelrechtelijke termen werd geformuleerd.

En dit alles roept vragen op naar de huidige betekenis van *Drittwirkung*. Naar de betekenis ervan voor hedendaagse reguliere, stabiele rechtsstelsels. Rechtsstelsels die deze retoriek niet (meer) behoeven.[301] Verdient het in een mythe te blijven ronddwalen omwege haar mythisch zijn en aldus vragen naar kwaliteit en toegevoegde waarde in het ongewisse te laten?

301 *Cf.* Möllers 2005, p. 1978: 'Die heile Welt von Elfes und Lüth, in der Grundrechte als Passepartout gesellschaftlicher Problemlösung dienten, stand der politisch verunsicherten deutschen Nachkriegsgesellschaft besser zu Gesicht als einer modernen Demokratie'. Zie tevens Kahl 2006, p. 592 en verwijzingen aldaar in voetnoot 75.